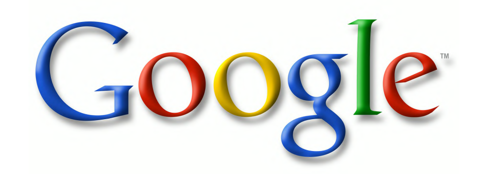
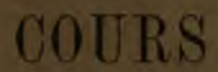



VE
RI
TAS

BELGIUM



COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

COMPRENANT

L'EXPLICATION DES LOIS

QUI ONT MODIFIÉ LE CODE CIVIL EN FRANCE ET EN BELGIQUE

PAR

E. R. N. ARNTZ,

PROFESSEUR DE DROIT À L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES,
ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELG

DEUXIÈME ÉDITION

TOME PREMIER.

BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,
ÉDITEURS, RUE BLAES, 33.

PARIS.
A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1879

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie, rue Blaes, 33.

COURS

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

COMPRENANT

L'EXPLICATION DES LOIS

QUI ONT MODIFIÉ LE CODE CIVIL EN FRANCE ET EN BELGIQUE,

PAR



E. R. N. ARNTZ,

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES,
ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELGIQUE.

DEUXIÈME ÉDITION

TOME PREMIER.

BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,
ÉDITEURS, RUE BLAES, 33.

PARIS.
A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1879

AVANT-PROPOS DE LA PREMIÈRE ÉDITION.

Je me suis proposé de résumer, dans un ouvrage le moins volumineux possible, l'explication rationnelle et historique des principes du code civil français, et de discuter brièvement les principales controverses qui s'y rattachent ou que leur application a provoquées. Une large part a été faite à l'histoire interne du droit, dont l'étude est malheureusement encore trop négligée et sans laquelle la loi ne peut être comprise qu'imparfaitement. Je me suis efforcé de remonter à l'origine de toutes les dispositions du code et d'indiquer les transformations qu'elles ont subies dans le cours des temps.

Mon but était surtout d'écrire un livre pour les étudiants

et pour ceux qui veulent acquérir une connaissance synthétique mais approfondie du droit français, sans le suivre dans ses applications nombreuses et détaillées. Appelé, il y a plus de vingt-cinq ans, à l'enseignement du droit civil, je me suis bientôt aperçu que les vastes et savants ouvrages qui ont été publiés sur le code civil depuis le commencement de ce siècle, et qui sont si précieux pour les jurisconsultes déjà formés et pour les praticiens, sont trop étendus pour servir de guide à ceux qui ne sont pas encore initiés à la science du droit.

J'accueillerai avec reconnaissance les observations de la critique bienveillante si elle veut bien s'occuper de ce livre; mais j'espère que, dans son appréciation, elle ne perdra pas de vue l'idée fondamentale qui l'a fait entreprendre.

Bruxelles, le 15 avril 1875.

PRÉFACE DE LA DEUXIÈME ÉDITION.

Le but de ce livre, expliqué dans l'*Avant-propos* de la première édition, étant resté le même, le plan et le cadre n'ont pas dû en être changés. Toutefois, celle-ci se distingue de la première par plusieurs modifications qui ne sont pas sans importance.

1° La première édition avait été faite principalement pour la Belgique et contenait l'explication des lois qui avaient modifié la législation civile dans ce pays, tout en mentionnant aussi les lois les plus importantes qui avaient changé ou complété le code civil en France.

Le succès que mon ouvrage a obtenu en France et dans

d'autres pays régis par le code civil, ainsi que les appréciations flatteuses qui en ont été faites, m'ont déterminé à le compléter en l'appropriant également à l'usage des jurisconsultes et des étudiants français. A cette fin, j'ai relaté, avec les explications nécessaires, *toutes* les lois encore en vigueur, qui ont modifié le code civil en France depuis sa promulgation jusqu'à ce jour. Les transformations que la législation civile a subies dans ces deux pays sont ainsi parallèlement exposées.

2° Bien que le cadre du livre ne comporte pas une analyse complète et une discussion approfondie de la jurisprudence, j'ai cependant cru utile de citer les arrêts français et les arrêts belges rendus sur toutes les questions qui y sont traitées, jusqu'au jour où chaque feuille a été livrée à l'impression.

Pour connaître le droit, l'étude de la jurisprudence est indispensable, et un ouvrage, même élémentaire, ne peut la passer sous silence. La théorie doit guider la pratique; mais la pratique fait mieux comprendre la théorie, en la faisant entrer dans la réalité de la vie humaine. Je me suis attaché surtout à citer les décisions les plus récentes. A l'aide de ces citations, le lecteur peut se mettre facilement au courant de toute la jurisprudence et de toute la doctrine concernant la question sur laquelle une décision a été rendue, grâce aux annotations dont les recueils de jurisprudence, publiés de nos jours, accompagnent les arrêts qu'ils rapportent.

Nous ne croyons pas devoir faire une mention spéciale

des changements de rédaction, des améliorations et des compléments de détail, qu'un auteur apporte toujours à son ouvrage lorsqu'il le soumet à une révision.

Bruxelles, mars 1879.

EXPLICATION DES ABRÉVIATIONS.

B. J. *Belgique judiciaire.*

Cass. b., ou Cass. Cour de cassation de Belgique.

Cass. fr. Cour de cassation de France.

Conf. Conforme.

Cont. Contraire.

D. Dalloz, *Recueil périodique de jurisprudence*, etc.

J. P. B. *Journal du Palais*, partie belge.

P. *Pasicrisie* (recueil belge).

V. Voyez.

V° *Verbo.*

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

INTRODUCTION.

DES SOURCES DU DROIT CIVIL.

I. DU CODE CIVIL FRANÇAIS.

1. La principale source du droit civil est le *Code civil des Français*, promulgué sous ce titre par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

Deux législations se partagèrent le sol de l'ancienne France ; le droit romain était la loi des contrées du Midi, appelées *pays du droit écrit;* un grand nombre de coutumes diverses de villes ou de provinces régissaient les territoires du nord et du centre de la France, appelés *pays du droit coutumier*. Les ordonnances royales seules étaient obligatoires pour toute la France.

Déjà le roi Louis XI avait conçu le projet de donner à la France une législation uniforme, afin d'en consolider l'unité nationale. Henri III reprit le projet que Louis XI n'avait pu réaliser. Il chargea le jurisconsulte Barnabé Brisson de faire un ouvrage qui réunirait toutes les ordonnances royales encore en vigueur et en même temps des projets de lois nouvelles. La mort empêcha le roi d'achever cette œuvre connue sous le nom de *Basilique* ou *Code de Henri III,* mais qui n'a jamais reçu force de loi.

Sous Louis XIII, le chancelier Michel de Marillac, dans la vue de rendre la législation uniforme, rédigea une ordonnance en quatre cent soixante et un articles, connue sous le nom de code *Michaud* ou code *Marillac*, et contenant non-seulement des dispositions sur beaucoup de matières du droit civil, mais encore sur le commerce, la marine, les finances et la guerre.

D'importants travaux législatifs dans presque tous les domaines du droit signalent les règnes de Louis XIV, de Louis XV et de Louis XVI, mais le projet de donner à la France une législation générale uniforme ne fut plus entrepris.

2. L'Assemblée constituante, ouverte en 1789, avait établi l'unité dans l'organisation politique et administrative de la France; l'unité de la législation civile devait en être la conséquence naturelle. Déjà la loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, tit. II, art. 19, proclame, « que les lois civiles seront revues et réformées par la législature, et qu'il sera fait un code général de lois simples, claires et appropriées à la constitution ». La disposition finale du titre I de la constitution des 3-14 septembre 1791 porte : « Il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume. » La constitution du 24 juin 1793, qui toutefois n'a jamais été mise à exécution, dit : « Le code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la république. »

La Convention nationale chargea la commission de législation de faire un projet contenant les fondements d'un nouveau code civil. Le 9 août 1793, Cambacérès présenta un projet de code civil qui ne fut pas adopté par la Convention. Le 23 fructidor an II, Cambacérès présenta un nouveau projet, dont quelques articles furent décrétés, mais que la nécessité de s'occuper d'affaires plus urgentes fit alors tomber dans l'oubli.

Les deux assemblées politiques qui, d'après la constitution de l'an III, succédèrent à la Convention nationale, ne perdirent pas de vue le soin de doter la France d'une nouvelle législation civile. Le 24 prairial an IV, Cambacérès soumit au conseil des Cinq-Cents un nouveau projet de code civil, offrant beaucoup de ressemblance avec celui de 1793, mais la discussion n'en fut pas commencée.

Les événements du 18 brumaire an VIII avaient changé la face

de la France. L'article 14 de la loi du 19 brumaire, qui remplaco le Directoire par une commission consulaire exécutive et les conseils des Cinq-Cents et des Anciens par deux commissions composées chacune de vingt-cinq membres, porte : « Les deux « commissions sont chargées de préparer un code civil. »

3. Un arrêté des consuls, du 24 thermidor an VIII, nomma une commission chargée de rédiger un projet de code civil. Elle était composée de Tronchet, président du tribunal de cassation; Portalis, commissaire du gouvernement près du conseil des prises; Bigot-Préameneu, commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation, et Maleville, juge au même tribunal. Le projet fut terminé en quatre mois et imprimé sous le titre de : *Projet du code civil présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 thermidor an* VIII. Le gouvernement l'adressa au tribunal de cassation et à tous les tribunaux d'appel, avec invitation de faire leurs observations; il appela en même temps celles de tous les citoyens. Les tribunaux montrèrent le plus grand empressement à faire parvenir leurs observations au gouvernement, qui les réunit en un recueil et les fit publier.

4. La constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799) avait organisé le pouvoir législatif et prescrit la manière dont il devait fonctionner. La voie tracée par cette constitution fut suivie pour les travaux préparatoires du code civil. Chaque titre du projet était d'abord examiné en présence des membres de la commission par la section de législation du conseil d'État, qui pouvait y faire des modifications. La rédaction adoptée par cette section, après avoir été préalablement imprimée et distribuée à tous les conseillers d'État, était discutée en assemblée générale du conseil d'État présidée par le premier ou par le second consul. Les membres de la commission de rédaction assistaient à cette assemblée. Le conseil d'État, à la majorité, adoptait, rejetait ou amendait le projet. Quelquefois les dispositions adoptées étaient renvoyées à la section de législation pour y subir une nouvelle rédaction. Les titres adoptés par le conseil d'État étaient présentés comme projets de loi au Corps législatif, devant lequel des orateurs du gouvernement, choisis parmi les conseillers d'État, en exposaient les motifs. Le Corps législatif communiquait les projets de loi au Tribunat, qui, après discussion sur

un rapport présenté par un membre de sa section de législation, en votait l'adoption ou le rejet, sans pouvoir les amender. Des orateurs pris dans son sein exposaient et défendaient devant le Corps législatif le vœu d'adoption ou de rejet que le Tribunat avait exprimé sur chaque projet. Le Corps législatif faisait la loi en statuant par scrutin secret, et sans aucune discussion de la part de ses membres, sur les projets de loi débattus devant lui par les orateurs du Tribunat et ceux du gouvernement. Tout décret du Corps législatif, le dixième jour après son émission, devait être promulgué par le premier consul, à moins que, dans ce délai, il ne fût dénoncé au sénat pour cause d'inconstitutionnalité par le Tribunat ou par le gouvernement.

La discussion du code civil en assemblée générale du conseil d'État commença le 28 messidor an IX (17 juillet 1801). Le titre préliminaire : *De la publication des lois*, le titre Ier, *De la jouissance et de la privation des droits civils*, et le titre II, *Des actes de l'état civil*, furent présentés au Corps législatif le 3 frimaire an X. Le titre préliminaire fut rejeté par le Tribunat le 21 frimaire, et sur son vœu par le Corps législatif le 24 frimaire suivant. Le Tribunat avait également proposé le rejet du titre Ier, *De la jouissance et de la privation des droits civils*. Alors le gouvernement, par un message adressé au Corps législatif, le 12 nivôse an X (3 janvier 1802), retira les trois projets de loi du code civil qu'il avait présentés.

5. Pour prévenir les dissensions entre le gouvernement ou le conseil d'État d'un côté et le Tribunat de l'autre, les consuls prirent, le 18 germinal an X (8 avril 1802), un arrêté par lequel ils établirent les *communications officieuses* entre le conseil d'État et les sections de législation du Tribunat. Avant de présenter au chef du gouvernement les projets de loi arrêtés au conseil d'État, le secrétaire général de ce conseil les envoyait à la section du Tribunat que la matière concernait. Cette section délibérait sur ces projets, et consignait dans un procès-verbal les observations et les amendements qu'elle croyait devoir proposer. Ce procès-verbal était communiqué au conseil d'État, et spécialement à la section qui avait rédigé le projet. Si cette section n'adoptait pas les modifications proposées par celle du Tribunat, il s'engageait entre ces deux sections, sous la présidence du ministre de la

justice, une conférence, du résultat de laquelle la section du conseil d'État rendait compte à l'assemblée générale. Dans tous les cas, l'assemblée générale discutait les observations de la section du Tribunat et l'avis de sa propre section. Le projet était alors définitivement rédigé, présenté au premier consul, porté au Corps législatif et communiqué *officiellement* par lui au Tribunat.

6. Ces dispositions contribuèrent beaucoup à faciliter et à accélérer les travaux préparatoires du code civil. Le 22 fructidor an x (9 septembre 1802) la discussion en fut recommencée au conseil d'État et continuée sans interruption. Dans le courant des années x, xi et xii (1802 à 1804), les divers titres du code civil, formant autant de projets de loi distincts, furent successivement discutés, promulgués et mis à exécution à mesure qu'ils avaient été décrétés.

La loi du 30 ventôse an xii (21 mars 1804) ordonne que les diverses lois qui y sont énumérées (au nombre de trente-six), et qui avaient été décrétées successivement, seront réunies en un seul corps de lois, sous le titre de *Code civil des Français*. Elle ordonne en même temps l'insertion au code civil des dispositions de la loi du 21 ventôse an xii, concernant les actes respectueux et de l'article 530 relatif à la distinction des biens. Elle fait la distribution de ces lois en livres, titres et articles. Chacune de ces lois avait été mise à exécution à partir du jour de sa promulgation.

Enfin, l'article 7 de cette loi porte : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code. »

La loi du 3 septembre 1807 ordonne une nouvelle promulgation du code civil sous le titre de *Code Napoléon,* avec certaines modifications ayant pour objet de substituer aux termes de l'édition de 1804, qui se rapportent au gouvernement républicain, des termes en rapport avec la constitution impériale qui régissait alors la France.

7. Le code Napoléon a été en vigueur dans tous les pays qui ont été réunis à l'empire français, et il a continué d'être obliga-

toire dans plusieurs de ces pays, même après qu'ils eurent été séparés de la France par suite des événements politiques de 1814 et 1815. La législation civile de ces pays a conservé le nom de droit civil français.

Dans le royaume des **Pays-Bas,** et après la révolution de 1830, en **Belgique,** le code civil a toujours continué d'être obligatoire; mais il n'a pas eu une nouvelle édition officielle. L'édition officielle pour la Belgique est toujours celle promulguée en vertu de la loi du 3 septembre 1807.

En **France,** l'article 68 de la charte de 1814 a rendu au code Napoléon le nom de *Code civil,* et en a maintenu la force obligatoire.

Une ordonnance du 17 juillet 1816 porta qu'il serait fait une nouvelle édition des différents codes, dans laquelle les dénominations, expressions et formules, qui n'étaient plus en rapport avec les principes du gouvernement établi par la nouvelle charte constitutionnelle, seraient supprimées et remplacées par d'autres. L'ordonnance du 30 août 1816, promulguée le 2 septembre suivant, publia la nouvelle édition du *Code civil.*

L'article 59 de la charte du 14 août 1830 reproduit l'article 68 de la charte de 1814. Le décret des 27-30 mars 1852 porte que le code civil reprendra la dénomination de *Code Napoléon.*

Le décret des 27-30 mars 1852 n'a jamais été explicitement abrogé par une loi nouvelle depuis le rétablissement de la république. Mais la dénomination de *Code civil* a été substituée dans les lois et décrets depuis le 4 septembre 1870, ainsi que dans les décisions des cours et tribunaux. (Voy. Rivière, *Codes français,* Code civil, art. 1, note 1.)

II. DES AUTRES SOURCES DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

8. Les autres sources du droit civil français sont :

1° Les lois proprement dites, c'est-à-dire, les actes du pouvoir législatif publiés dans les différents pays où le code civil est en vigueur.

9. 2° Les décrets du gouvernement consulaire et les décrets impériaux. D'après l'article 44 de la constitution du 22 frimaire

an VIII, le gouvernement faisait les règlements nécessaires pour l'exécution des lois. Mais, surtout depuis le sénatus-consulte organique de l'empire du 28 floréal an XII, Napoléon outre-passa souvent les pouvoirs qui lui avaient été conférés par les constitutions de l'État, et rendit, sous le nom de décrets, de véritables lois. Beaucoup d'auteurs admettent, et il a été souvent jugé, que les décrets du gouvernement impérial obtenaient force de loi lorsque, après avoir été promulgués dans la forme ordinaire, ils n'étaient point dénoncés par les corps politiques de l'État, chargés soit de concourir à la confection des lois, soit de veiller au maintien de celles qui fixaient les limites des pouvoirs constitutionnels, et qu'alors ni les tribunaux, ni les fonctionnaires de l'ordre administratif ne pouvaient plus refuser d'appliquer ces décrets. (Voy. Merlin, *Répert.*, v° *Loi*, § 3, n° 2, *in fine;* Zachariæ, § 5, n° 2.)

En **Belgique**, l'article 107 de la Constitution, qui ne dispose que pour l'avenir, n'a pas eu pour but de mettre en question la légalité des décrets et arrêtés qui jusqu'alors avaient toujours été appliqués ou considérés comme légaux. (Liége, 25 avril 1832.)

10. 3° Les avis du conseil d'État. D'après l'article 11 du règlement organique du 5 nivôse an VIII, le conseil d'État pouvait développer le sens des lois, sur le renvoi qui lui était fait, par les consuls, des questions qui leur avaient été présentées. Si les avis du conseil d'État étaient approuvés par les consuls, ils étaient publiés en forme de règlement, et avaient force obligatoire. Ils portent ordinairement une double date, celle du jour où ils ont été émis, et celle du jour où ils ont été approuvés par les consuls.

11. 4° Les coutumes et les usages locaux, toutes les fois qu'une disposition du code civil s'y réfère expressément. (Voy. articles 590, 591, 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1648, 1736, 1753, 1754, 1758, 1759, 1762.)

TITRE PRÉLIMINAIRE.

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

I. INTRODUCTION.

12. La commission nommée par l'arrêté du 24 thermidor an VIII pour présenter un projet de code civil (n° 3), avait commencé son œuvre par un *livre préliminaire*, divisé en six *titres*, et intitulé : *Du droit et des lois*. Ce livre contenait plusieurs définitions et beaucoup de règles générales sur la publication, sur les effets, sur l'application, l'interprétation et l'abrogation des lois, applicables non-seulement au droit civil, mais à toutes les lois en général. Une partie des dispositions de ce livre étaient plutôt des énonciations de principes abstraits et des axiomes de morale que des règles de droit impératives.

La section de législation du conseil d'État réduisit ce livre à un seul titre en huit articles, et le présenta en cette forme au conseil d'État, où il fut adopté après de longues discussions et après avoir successivement subi quatre rédactions différentes. Le rejet de ce *Titre préliminaire* par le Tribunat et par le Corps législatif fut la cause de la suspension des travaux législatifs sur le code civil (n° 4). Après la reprise de ces travaux, le projet du titre préliminaire fut encore modifié et enfin adopté, tel qu'il est, le 9 ventôse an XI par le Tribunat, décrété le 14 par le Corps législatif, et promulgué le 24 du même mois (15 mars 1803).

II. DE LA PUBLICATION DES LOIS.

A. *Introduction historique.*

13. Dans l'ancienne France, le mode de publication des lois se rapprochait de celui prescrit par Justinien dans la Nov. 66, c. 1.

Depuis le commencement de la troisième race des rois, la publication résultait de la lecture publique des lois à l'audience et de la transcription ou de l'enregistrement qui en était fait dans les greffes des tribunaux supérieurs ou des parlements. Ce mode fut encore maintenu pendant les deux premières années de la révolution, mais les décrets des 20 octobre-3 novembre et des 5-6 novembre 1789 y ajoutèrent la nécessité de l'affiche publique, souvent pratiquée autrefois, mais non ordonnée par les lois anciennes. D'après ces décrets, la loi était censée publiée dans toute l'étendue de chaque district ou arrondissement, au jour où l'une des deux autorités, du tribunal de l'arrondissement ou du corps administratif, auxquelles la loi devait être envoyée, avait rempli les formalités de la transcription, de la lecture et de l'affiche publique.

14. Le décret des 2-5 novembre 1790 contient un système complet sur la publication des lois et autres actes du pouvoir. Les lois étaient obligatoires du moment que la publication en avait été faite soit par le corps administratif, soit par le tribunal du district. Un exemplaire de la loi était envoyé à chaque administration départementale et à chaque tribunal de district. L'administration du département en envoyait un exemplaire à chaque administration de district. Le tribunal ainsi que l'administration du district devaient faire transcrire la loi sur leurs archives. La loi devait être lue à l'audience du tribunal. Les corps administratifs, tant des départements que des districts, devaient publier les lois dans les villes où ils étaient établis, par placards imprimés et par affiches publiques. La même publication par placards et affiches devait être faite dans chaque municipalité; dans les municipalités de campagne, la loi devait en outre être lue publiquement à l'issue de la messe paroissiale.

Ce mode de publication fut conservé par la constitution du 3 septembre 1791, tit. III, chap. IV, sect. I, art. 3.

15. Il fut changé par le décret du 14 frimaire an II (4 décembre 1793) qui ordonnait que les lois seraient imprimées dans un bulletin numéroté, intitulé : *Bulletin des lois de la république*, qui servirait désormais à leur notification aux autorités constituées; que ce bulletin serait adressé aux autorités par la poste; que dans chaque commune la promulgation de la loi serait faite, dans

les vingt-quatre heures de la réception du bulletin, par une publication à son de trompe ou de tambour, et que la loi deviendrait obligatoire à compter du jour de sa promulgation; qu'en outre, chaque *décadi* (les 10, 20 et 30 de chaque mois), les lois devraient être lues aux citoyens dans un lieu public par le maire ou par un officier municipal.

16. Ce mode de publication fut aboli par le décret du 12 vendémiaire an IV (4 octobre 1795), d'après lequel les lois devaient désormais être insérées dans un bulletin officiel appelé *Bulletin des lois*. Ce bulletin était envoyé à toutes les autorités judiciaires et administratives. Les lois étaient obligatoires dans chaque département, du jour où le bulletin qui les contenait était distribué au chef-lieu de ce département. Ce jour était constaté par un registre où les administrateurs de chaque département certifiaient l'arrivée de chaque numéro. Aucune autre formalité n'était requise pour que la loi fût obligatoire. Toutefois, aux termes de l'article 11 de ce décret, le directoire et chaque administration départementale ou municipale pouvait, par délibération spéciale, ordonner, soit pour des lois anciennes ou récentes, soit même pour des règlements, telles autres formalités de publication autrefois en usage qu'ils jugeraient convenables, par exemple, la lecture publique, la réimpression ou l'affiche, ou la publication à son de trompe ou de tambour.

Des doutes s'étaient élevés sur la question de savoir si le décret du 12 vendémiaire avait été régulièrement publié, et, par conséquent, s'il était obligatoire. De plus, sous l'empire du décret du 14 frimaire an II, beaucoup de lois n'avaient pas été publiées ou avaient été irrégulièrement publiées dans différentes parties de la France. Pour mettre un terme à ces doutes et aux contestations qui en étaient résultées, la loi du 24 brumaire an VII (14 novembre 1798) décréta que le décret du 12 vendémiaire était devenu obligatoire du jour de son arrivée à l'administration centrale de chaque département, et que toutes les lois envoyées dans les départements avant le décret du 12 vendémiaire an IV, et qui n'y avaient pas été publiées lors de la promulgation de ce décret, étaient devenues obligatoires du jour de l'arrivée de ce même décret.

17. Le mode de publication introduit par le décret du 12 ven-

démiaire an IV a été en usage jusqu'à la promulgation du titre préliminaire du code civil, 24 ventôse an XI (15 mars 1803). Il fut remplacé par celui prescrit par l'article 1er du code.

Aux termes des articles 25 et 34 de la constitution du 22 frimaire de l'an VIII, le gouvernement avait seul l'initiative de la proposition des lois, et le corps législatif les décrétait. Lorsqu'une loi avait été décrétée par le Corps législatif, elle *devait* être promulguée, c'est-à-dire *être déclarée exécutoire* par le premier consul le dixième jour de l'émission du décret, à moins que *dans ce délai* il n'y eût eu recours au Sénat pour cause d'inconstitutionnalité. (Const. de l'an VIII, art. 37.) Le droit de *sanctionner* ou d'*approuver* (voy. *infrà*, n° 33) les décrets du Corps législatif n'appartenait donc pas au chef de l'État.

Un arrêté du premier consul du 29 nivôse an VIII (19 janvier 1800) déterminait le mode de promulgation. La loi promulguée devait être insérée au *Bulletin des lois*.

La loi devait être *exécutée*, dans chaque partie de l'empire, du moment où la promulgation en pouvait être connue. La promulgation était réputée connue dans le département où siége le gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et, dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y avait de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation en avait été faite et le chef-lieu de chaque département. (Code civil, art. 1er.)

Un arrêté du 25 thermidor an XI (13 juillet 1803) fixe les distances de Paris à tous les chefs-lieux des départements, évaluées en myriamètres, kilomètres et lieues anciennes.

Il y a controverse sur la question de savoir si les fractions de dizaine de myriamètres augmentent ou non le délai après lequel les lois étaient obligatoires dans les départements, par exemple si vingt-quatre myriamètres comptent comme vingt ou comme trente.

Si le texte de l'article 1er, et notamment les mots : *qu'il y aura de fois dix myriamètres*, sont favorables à l'opinion d'après laquelle le délai n'est pas augmenté, il est plus conforme à l'esprit de la loi d'augmenter le délai d'un jour entier à raison d'une fraction de dizaine de myriamètres. Car le législateur a gradué les délais

suivant les distances, parce qu'il a supposé que le *Bulletin des lois* ne pouvait en un jour franchir un espace plus grand que dix myriamètres. (Demolombe, I, n° 27.)

18. D'après l'article 37 de la constitution de l'an VIII, le jour de la promulgation était invariablement fixé; c'était le dixième jour après celui où la loi avait été décrétée par le Corps législatif. Le gouvernement se conformait toujours à cette disposition. Mais une loi n'aurait pas été obligatoire, sans que la promulgation en eût été insérée au *Bulletin des lois*.

Cet ordre de choses ne fut pas changé par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, qui organisa l'empire et donna au chef de l'État des attributions beaucoup plus étendues que celles qu'il avait eues précédemment. L'empereur faisait sceller et promulguer les sénatus-consultes organiques, les sénatus-consultes, les actes du sénat et les lois, au plus tard, le dixième jour qui suivait leur émission. (Art. 137 du sénatus-consulte du 28 floréal an XII)

19. La charte de 1814 introduisit en **France** un droit public nouveau; elle attribua le pouvoir législatif collectivement au roi et aux deux chambres, et le pouvoir exécutif au roi seul. Le roi, après avoir *sanctionné* la loi, la *promulguait* en qualité de chef du pouvoir exécutif.

La charte de 1814 ne prescrivait aucun délai dans lequel le roi devait promulguer la loi. C'est pourquoi l'ordonnance du 27 novembre 1816 dispose qu'à l'avenir la promulgation des lois résultera de leur insertion au *Bulletin des lois*, et qu'elle sera réputée connue, dans le département où siége le gouvernement, un jour après que le *Bulletin des lois* aura été reçu de l'imprimerie royale par le ministre de la justice, lequel doit constater sur un registre l'époque de la réception. Dans les autres départements, la loi était exécutoire conformément à l'article 1er du code civil.

Cette règle s'appliquait aux ordonnances en général comme aux lois. L'article 4 de l'ordonnance du 27 novembre 1816 permettait de rendre, en cas d'urgence, les lois et les ordonnances exécutoires, dans chaque département, dès qu'elles seraient parvenues aux préfets, et, d'après l'ordonnance additionnelle du 18 janvier 1817, le préfet devait, dans ces cas, prendre immédiatement un arrêté pour ordonner l'impression et l'affiche des lois

et ordonnances dont la mise à exécution avait été déclarée urgente; après quoi elles étaient immédiatement exécutoires.

Ces règles sont restées les mêmes sous le régime de la charte de 1830.

D'après la constitution de la république française des 4-10 novembre 1848, le pouvoir législatif appartenait à une assemblée unique (art. 20), le pouvoir exécutif au président de la république (art. 43), qui promulguait les lois (art. 56). Les lois d'urgence devaient être promulguées dans le délai de trois jours, et les autres lois dans le délai d'un mois à partir du jour où elles avaient été adoptées par l'Assemblée nationale, sauf la demande d'une nouvelle délibération. A défaut de promulgation par le président de la république, dans les délais déterminés, il y serait pourvu par le président de l'assemblée nationale (art. 57 et 59).

La constitution impériale de 1852, article 10, attribuait au chef de l'État le droit de sanctionner et de promulguer les lois; le mode de promulgation n'a pas été changé.

Aujourd'hui, le président de la république ne participe pas au pouvoir législatif, mais, en qualité de chef du pouvoir exécutif, il promulgue les lois. Il doit faire la promulgation dans le mois qui suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement votée, ou bien dans les trois jours de cette transmission, lorsque la promulgation a été déclarée urgente par un vote exprès dans l'une et l'autre des deux chambres, sauf demande d'une nouvelle délibération. (Loi relative à l'organisation des pouvoirs du 25 février 1875, art. 3; loi constitutionnelle sur les rapports des pouvoirs publics du 16 juillet 1875, art. 7.)

Le gouvernement de la défense nationale, par décret des 5-11 novembre 1870, prescrivit un nouveau mode de promulgation, afin de prévenir les difficultés que pouvait faire naître le mode de promulgation alors en vigueur, et pour établir d'une manière certaine l'époque où les actes législatifs seraient obligatoires. Ce mode est encore en vigueur (voy. *infrà* n° 33). Le même gouvernement rendit, les 11-29 novembre suivants, un décret transitoire sur la promulgation des lois et décrets de la délégation du gouvernement, pour l'époque pendant laquelle les communications avec la ville de Paris et le gouvernement de la défense nationale ne seraient pas rétablies, et que le *Journal officiel* de la

république ne pourrait pas parvenir régulièrement dans les départements. La promulgation des lois et décrets de la délégation du gouvernement devait avoir lieu dans le *Moniteur universel*, qui remplaçait le *Journal officiel* pour cette promulgation. Tout décret du gouvernement de la défense nationale inséré au *Journal officiel* de la république qui parviendrait à Tours devait être immédiatement publié dans le *Moniteur universel*, et pour tous les arrondissements de France où le *Journal officiel* ne serait pas parvenu, cette publication valait la promulgation par ce journal.

Trois décrets, celui des 2-8 septembre 1871, puis celui du 11 avril 1873 et, en dernier lieu, le décret du 6 avril 1876, encore en vigueur, ont successivement modifié la *forme*, ou plutôt la rédaction du décret de promulgation, en la mettant en rapport avec l'organisation politique des pouvoirs à chacune de ces époques.

Le mode actuellement en vigueur sera indiqué *infrà* au n° 33.

20. Le mode de publier les lois n'était pas uniforme dans toutes les provinces de l'ancienne **Belgique**. Ordinairement la loi, munie du sceau du prince, était envoyée au conseil de justice de chaque province, lequel, sur la réquisition de l'officier fiscal, après en avoir entendu la lecture, en ordonnait la publication. Les expéditions restaient déposées aux greffes des conseils; la teneur en était transcrite sur les registres quand l'édit l'ordonnait. (Defacqz, *Ancien droit belgique*, I, p. 125.) Au chef-lieu de chaque province, ou dans chaque ville, la loi était proclamée à son de trompe et de cri public en présence des fonctionnaires supérieurs, d'un membre et du greffier du conseil provincial, ou d'autres employés. (Britz, *Code de l'ancien droit belgique*, p. 495-497.) Souvent aussi elle était publiquement affichée. De là quelques jurisconsultes dérivent le nom de *Placards* (*Placcaerten, Placcaeten*).

21. Pendant la première occupation de la Belgique par les armées françaises, qui dura depuis le mois de novembre 1792 jusqu'au mois de mars 1793, il régnait une grande confusion relativement aux attributions des autorités belges, d'une part, et à celle des généraux français, des commissaires de la Convention et des commissaires du pouvoir exécutif, de l'autre. De fait, la Belgique était soumise au régime de la conquête, et ce régime n'était

pas encore régularisé comme il le fut plus tard. Il y a peu d'actes législatifs de cette époque qui soient restés. Mais il paraît qu'en principe l'ancien mode de publication des lois ou arrêtés restait le même et continuait d'être pratiqué, autant qu'il était compatible avec la nouvelle organisation provisoire du pays. Comme autrefois, les décrets étaient envoyés aux tribunaux pour être publiés par eux. Ainsi, le tribunal de la commune de Bruxelles s'était refusé à publier le décret des commissaires français du 15 décembre 1792 sur l'abolition des anciens impôts. (Voy. *Pasinomie,* introduction à la première série, n° 35, t. I, p. 18, notes 3 et 4.)

Le 23 mars 1793, l'archiduc Charles rentra à Bruxelles. Le régime autrichien fut rétabli.

22. La deuxième occupation de la Belgique par les armées françaises commença en 1794. La Belgique fut d'abord traitée en pays conquis. Un arrêté des représentants du peuple en mission près les armées du Nord et de Sambre-et-Meuse, en date du 26 brumaire an III (16 novembre 1794), qui organise l'administration de la Belgique, porte, dans son article 12, que les lois de la république qui pourront concerner la Belgique et les arrêtés des représentants du peuple, ainsi que ceux de l'administration centrale seront, par celle-ci, transmis aux administrations d'arrondissement, qui veilleront, chacune dans son ressort, à leur promulgation et exécution.

L'arrêté du comité de salut public du 20 frimaire an III (10 décembre 1794) maintient le gouvernement provisoire en Belgique et régularise la position des représentants du peuple en mission dans ce pays. L'article 4 de cet arrêté porte que les autorités administratives de la Belgique ne pourront faire exécuter d'autres lois, arrêtés ou ordres que ceux qui leur seront transmis par ces représentants ou les agents autorisés par eux à cet effet. L'article 6 dit : « Le présent arrêté sera imprimé dans les deux langues, publié et affiché dans toute la Belgique. »

Mais aucun mode particulier de publication n'est ordonné. Le décret du 14 frimaire an II, encore en vigueur en France à cette époque, n'a pas été publié dans les provinces belges. « Jusqu'au mois de vendémiaire an IV, on conserva pour la publication des lois les formes usitées dans ces pays. Ainsi, à Bruxelles, les arrêtés des représentants du peuple étaient publiés à la grande

bretèque de la maison commune, en présence des magistrats. » (Introduction à la première série de la *Pasinomie*, n° 50, t. I, p. 37.)

Il faut admettre que ce mode a été conservé non-seulement jusqu'au mois de vendémiaire an IV, mais jusqu'à ce que le décret du 12 vendémiaire an IV, introductif d'un nouveau mode de publication, ait été promulgué en Belgique, par l'arrêté du 5 frimaire de la même année (26 novembre 1795).

23. Le décret du 9 vendémiaire an IV (1er octobre 1795) proclame la réunion de la Belgique et du pays de Liége à la France. Trois jours après, le décret du 12 vendémiaire introduisit en *France* un nouveau mode de publication des lois (n° 16). Ce décret ne pouvait pas encore être mis à exécution dans les provinces belges nouvellement réunies, parce que l'organisation départementale, dont il supposait l'existence, n'y était pas encore achevée. C'est pourquoi les représentants du peuple, par arrêté du 21 vendémiaire suivant (13 octobre 1795), prescrivirent pour ces pays un mode *provisoire* de publication des lois en rapport avec l'organisation créée par l'arrêté du 26 brumaire an III (n° 22). Les lois et arrêtés devaient être envoyés aux onze administrations d'arrondissement créées par ledit arrêté. Ces administrations devaient faire parvenir les lois et arrêtés aux municipalités et autres endroits de leur ressort. Elles étaient chargées, sous leur responsabilité, de s'assurer de la réception et de la publication de ces lois et arrêtés. La manière de porter les lois à la connaissance *du public* restait la même qu'anciennement (n° 22). Du moins il n'y a pas été dérogé.

24. Malgré la réunion, toutes les lois publiées ou à publier en France ne devenaient pas encore obligatoires pour la Belgique. Car les provinces belges restaient sous l'empire de l'article 4 de l'arrêté du comité de salut public du 20 frimaire an III (n° 22), qui défendait aux autorités administratives de la Belgique d'exécuter d'autres lois que celles qui leur seraient transmises par les représentants du peuple en mission.

Par son décret du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795), publié le 17 brumaire suivant, la Convention nationale confirma cet arrêté, et ordonna que les arrêtés du comité de salut public et ceux des représentants du peuple en mission, auxquels il n'avait pas été dérogé jusqu'à ce jour par le comité de salut public, con-

tinueraient d'être exécutés dans les pays réunis à la France jusqu'à l'établissement des lois françaises.

Par suite de cette disposition, les lois insérées au *Bulletin officiel* ne devenaient donc pas obligatoires en Belgique par le seul envoi de ce bulletin aux administrations d'arrondissement. Il fallait qu'elles eussent été transmises, à cet effet, à ces autorités par les représentants du peuple en mission.

25. L'organisation départementale s'acheva bientôt dans les pays réunis. C'était la condition de la mise à exécution du décret du 12 vendémiaire. Par arrêté du 5 frimaire an IV (26 novembre 1795), les représentants du peuple ordonnèrent la publication en Belgique du décret du 12 vendémiaire sur le mode de publication des lois (n° 16). Donc, dès lors, le *mode de publication* des lois, déjà introduit par ce décret en France, devient le même en Belgique. Mais il n'en faut pas conclure que depuis lors toutes les lois insérées au *Bulletin officiel* eussent été obligatoires en Belgique par l'envoi du bulletin aux administrations départementales de ce pays. Car le décret du 3 brumaire an IV régissait toujours ces provinces. Le mode de publication *seul* était changé.

26. Un grand nombre des lois insérées à cette époque au *Bulletin officiel* se rapportaient à d'autres lois *déjà publiées* en France, mais *pas encore publiées* en Belgique. La mise en vigueur de ces lois eût été souvent impossible sans la mise à exécution des lois précédentes, auxquelles elles étaient relatives. Pour mettre un terme aux incertitudes et pour empêcher la confusion qui aurait pu résulter d'une application incomplète des lois françaises, l'arrêté du directoire du 18 pluviôse an IV (7 février 1796) confirma l'arrêté du 20 frimaire an III et le décret du 3 brumaire an IV, et ordonna que le *Bulletin officiel* continuerait d'être envoyé dans les neuf départements réunis, mais qu'il n'y avait et qu'il n'y aurait de lois françaises obligatoires dans ces pays, que celles non abrogées qui y avaient été ou qui y seraient *envoyées pour y être observées, soit en vertu d'un arrêté spécial du comité de salut public, des représentants du peuple en mission, du directoire ou des commissaires généraux du gouvernement, soit en exécution d'une disposition spéciale d'un décret, d'une loi, d'un acte émané de la représentation nationale.*

Le *Bulletin* était envoyé aux autorités en Belgique, afin de

faciliter l'étude et la connaissance des lois; mais les lois et arrêtés qui devaient être exécutés dans ces pays étaient imprimés et envoyés séparément. Ces lois et arrêtés étaient obligatoires du jour de l'arrivée de cet envoi à l'administration départementale.

L'arrêté du 20 germinal an IV (9 avril 1796) maintient cette règle; il en change seulement le mode d'exécution, en prescrivant que désormais l'ordre spécial de publication des lois destinées à être exécutées en Belgique contiendra seulement l'indication du bulletin dans lequel ces lois sont renfermées, et leur numéro particulier, au lieu de contenir la réimpression du texte de ces lois. Depuis lors le *Bulletin des lois* est la source *officielle* pour la Belgique.

27. L'arrêté du directoire exécutif du 16 frimaire an V (6 décembre 1796) apporte quelques changements à cette disposition. Il ordonne que les lois et arrêtés insérés au *Bulletin des lois* seront obligatoires pour les départements réunis, à dater du jour de la distribution de chaque cahier au chef-lieu du département, *s'il n'y a exceptions prononcées par des arrêtés spéciaux à l'égard de lois et arrêtés formellement désignés* (art. 1er).

Dès lors il fallait donc une *disposition spéciale* pour qu'une loi insérée au *Bulletin officiel* ne fût *pas applicable* à la Belgique.

L'article 5 du même arrêté porte que le ministre de la justice proposera dans un mois au directoire l'état général des lois françaises non encore publiées dans les départements réunis, qui sont susceptibles d'y recevoir dès à présent leur exécution. Cette disposition avait pour but d'empêcher qu'on ne publiât, dans les départements réunis, des lois qui, étant relatives à d'autres lois qui n'y étaient pas connues, ne pourraient, par cela même, y recevoir leur exécution.

28. En exécution de cette disposition, le directoire prit, le 7 pluviôse an V (26 janvier 1797), un second arrêté ordonnant la confection d'un recueil de lois et règlements pour les neuf départements réunis par le décret du 9 vendémiaire an IV (n° 25). Ce recueil est connu sous le nom de *Code Merlin*, parce que Merlin était ministre de la justice à cette époque, et auteur du rapport présenté au directoire en exécution de l'arrêté du 16 frimaire an IV. Le même jour, 7 pluviôse an V, le directoire ordonne que les

lois énumérées dans ce rapport seront réimprimées et publiées dans les départements réunis.

29. Depuis lors, la réunion des neuf départements à la France a été complète. Le mode de publication des lois y était régi par le décret du 12 vendémiaire an IV, et toutes les dispositions relatives à l'exécution de ce décret ont été rendues communes à la Belgique. La loi du 24 brumaire an VII (14 novembre 1798) (voy. n° 16) était obligatoire dans les neuf départements, comme toutes les autres lois françaises. D'après cette disposition, les lois dont la publication avait été ordonnée dans les pays réunis par le décret du 9 vendémiaire an IV, et qui n'y avaient pas été publiées suivant les formes anciennes lors de la mise en vigueur du décret du 12 vendémiaire dans ces pays, sont devenues obligatoires du jour où ce décret y a été mis en vigueur. Le décret du 12 vendémiaire an IV a été remplacé par l'article 1er du code civil (n° 17).

30. Résumons l'histoire de la publication des lois en Belgique jusqu'à la mise en vigueur du code civil.

Le mode de publication par l'envoi aux conseils de justice et par lecture et affiche publiques a été observé jusqu'à la suppression de l'ancien ordre politique et administratif par l'arrêté des représentants du peuple du 26 brumaire an III (16 novembre 1794).

Depuis lors, l'envoi aux anciens conseils de justice a été remplacé par l'envoi aux administrations d'arrondissement; mais la manière de porter la loi à la connaissance du peuple par lecture et affiche publiques a été conservée, même après la réunion de la Belgique à la France, jusqu'au 5 frimaire an IV (26 novembre 1795).

Par arrêté de ce jour, le décret du 12 vendémiaire an IV, ordonnant la publication par l'insertion au *Bulletin des lois*, a été publié en Belgique, et est resté en vigueur jusqu'à la promulgation du code civil.

Mais, en vertu du décret du 3 brumaire an IV et de l'arrêté du 18 pluviôse an IV (25 octobre 1795 et 7 février 1796), aucune loi, même insérée au *Bulletin officiel*, n'était obligatoire en Belgique, si elle n'y avait pas été rendue obligatoire en vertu d'un arrêté spécial des représentants du peuple, ou du comité de salut public ou du directoire.

Par suite de l'arrêté du 16 frimaire an v (6 décembre 1796), toutes les dispositions insérées au *Bulletin* sont obligatoires en Belgique, à moins qu'il n'y ait une *exception* prononcée par un arrêté *spécial*.

Le 7 pluviôse an v (26 janvier 1797), le *Code Merlin* est publié dans les neuf départements réunis. Depuis lors, la même législation a régi la France et la Belgique. La loi du 24 brumaire an VII (n° 16) a été aussi publiée dans les neuf départements.

31. Le mode de publication des lois prescrit par l'art. 1er du code civil a été changé en Belgique, d'abord par l'arrêté des commissaires généraux des hautes puissances alliées, du 25 février, et l'arrêté du gouvernement général civil de la Belgique, du 3 mars 1814, d'après lesquels les lois, arrêtés, etc., étaient obligatoires *dans chaque arrondissement trois jours francs* après que le *Journal officiel du gouvernement de la Belgique*, qui les contenait, et qui tenait lieu de *Bulletin* des lois, avait été distribué au chef-lieu de l'arrondissement. Le jour de l'arrivée de chaque numéro devait être constaté sur un registre particulier.

Un arrêté du gouverneur général du Bas-Rhin et du Rhin-Moyen, du 14 octobre 1814, déclare obligatoires pour tous les habitants les ordonnances du gouvernement général du Bas-Rhin et du Rhin-Moyen à partir du huitième jour après leur promulgation dans le *Journal officiel* du Bas-Rhin et du Rhin-Moyen. Cette disposition ne s'applique qu'à la partie de la Belgique qui était placée sous le gouvernement général du Bas-Rhin et du Rhin-Moyen.

La loi du 2 août 1822 fixe la date uniforme de la force obligatoire des lois, dans tout le territoire du royaume, au vingtième jour après la date que porte le *Journal officiel* où elles sont insérées.

32. Différents modes de publication ont été en vigueur depuis la révolution de 1830. Un arrêté du gouvernement provisoire, du 5 octobre 1830, rétablit la règle qui veut que l'époque à laquelle les lois sont obligatoires dans les différentes provinces, soit différente. D'après cet arrêté, la loi était obligatoire dans chaque province trois jours francs après l'arrivée du *Bulletin officiel* au chef-lieu de cette province. Le jour de l'arrivée devait être constaté sur un registre parafé par le gouverneur. Le décret du congrès national du 27 novembre 1830 ordonne que les décrets

et les arrêtés seront insérés au *Bulletin officiel des décrets du Congrès national de la Belgique et des arrêtés du pouvoir exécutif,* et qu'ils seront obligatoires le onzième jour après celui de leur date, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le Congrès. Le même délai était conservé par la loi du 19 septembre 1831, d'après laquelle les lois, aussitôt après leur promulgation, devaient être insérées au *Bulletin officiel des lois et arrêtés royaux,* et devenaient obligatoires le onzième jour après celui de leur promulgation.

B. *Législation actuelle en France et en Belgique.*

33. En **France,** le mode de promulgation des lois et décrets est réglé par l'article 1er du code civil, modifié par le décret des 5-11 novembre 1870.

D'après l'article 1er de la loi du 25 février 1875, le pouvoir législatif s'exerce par la chambre des députés et le sénat. Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français en vertu de la promulgation qui en est faite par le président de la république. Elles seront exécutées dans chaque partie de la république du moment où la promulgation en pourra être connue. (*Code civil,* art. 1er, alin. 1 et 2.) La promulgation doit être faite *dans le mois* qui suit la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée, et dans les trois jours, si la promulgation de la loi a été déclarée urgente. (Constitut. du 16 juillet 1875, art. 7.) Le *mode de promulgation,* que le Code civil n'indique pas, est prescrit par le décret des 5 11 novembre 1870. Ce mode est double. Il résulte : 1° de l'insertion des lois au *Journal officiel de la république française,* lequel, à cet égard, remplace le *Bulletin des lois* (voy. *supra,* n° 17) ; 2° de l'insertion au *Bulletin des lois.* Ce bulletin continue à être publié, et l'insertion qui y sera faite des actes non insérés au *Journal officiel* en opérera promulgation.

L'alinéa 3 de l'article 1er du code civil, qui fixe l'époque à partir de laquelle la promulgation sera réputée être connue dans les divers départements, est changé par le décret des 5-11 novembre 1870. « Les lois et décrets seront obligatoires », porte l'article 2, « à Paris, un jour franc après la promulgation, et

partout ailleurs dans l'étendue de chaque *arrondissement*, un jour franc après que le *Journal officiel* qui les contient sera parvenu au chef-lieu de cet arrondissement. Le gouvernement, par une disposition spéciale, pourra ordonner l'exécution immédiate d'un décret ». L'article 3 enjoint aux préfets et sous-préfets de prendre les mesures nécessaires pour que les actes législatifs soient imprimés et affichés partout où besoin sera.

Le décret des 5-11 novembre contient, dans son article 4, une disposition rationnelle et équitable, surtout en matière pénale, à laquelle elle s'applique. Il porte : « Les tribunaux et les autorités administratives et militaires pourront, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance alléguée par les contrevenants, si la contravention a lieu dans le délai de trois jours francs à partir de la promulgation ».

En **Belgique**, le mode de sanction, de promulgation et de publication est régi aujourd'hui par la loi du 28 février 1845. La sanction et la promulgation se font par le même acte. La *sanction* de la loi (appelée *consentement royal* par la constitution de 1791), c'est l'approbation donnée par le roi à un projet adopté par les deux chambres, en vertu de l'article 26 de la Constitution belge; la *promulgation*, c'est l'ordre que donne le roi, en qualité de chef du pouvoir exécutif, en vertu de l'article 29 de la Constitution, de mettre la loi à exécution. La *publication*, c'est le procédé par lequel la loi est portée à la connaissance des citoyens. Les lois, immédiatement après leur promulgation, doivent être insérées au *Moniteur*, qui remplace, pour la publication, le *Bulletin officiel*. Elles sont obligatoires, dans tout le royaume, le dixième jour après celui de la publication, à moins que cette loi même n'ait fixé un autre délai. Il en est de même des arrêtés royaux, lesquels doivent être publiés dans le mois de leur date. Les arrêtés qui n'intéressent pas la généralité des citoyens sont obligatoires à dater de la notification aux intéressés.

C. *Principe*.

34. Une loi ne peut être obligatoire que lorsqu'elle est connue. (Constitution belge, art. 129.) C'est une loi de la nature

autant qu'un principe de droit. Car il est impossible de se conformer à une règle que l'on ne connaît pas.

Une loi est censée être généralement connue lorsqu'elle a été légalement publiée. (L. 65, C. *De decurionibus*, 10, 31 ; Nov. 66, c. 1 ; C. civ., art. 1.) Il appartient au législateur de déterminer le mode de publication.

D. *Applications et limitations de ce principe.*

35. La présomption d'après laquelle la loi légalement publiée est censée connue de tous ceux qu'elle oblige, n'est cependant pas tellement absolue, qu'elle ne doive céder à la preuve notoire du contraire. Ainsi, lorsqu'un événement de force majeure a interrompu les communications avec toute une contrée, la loi ne peut pas être présumée connue là où il a été impossible de la faire connaître. Ce serait contraire à l'intention du législateur que d'admettre une présomption reconnue physiquement impossible, même dans un cas spécial. Le texte de l'article 1er du code civil, et notamment les mots : *la promulgation en* POURRA *être connue* et *la promulgation sera* RÉPUTÉE *connue*, viennent à l'appui de cette opinion.

Un de ces obstacles à la publication est sans doute l'occupation d'une partie du pays par l'ennemi. Mais, en outre, dans ce cas les lois du pays dont une partie est occupée par l'ennemi ne sont pas obligatoires dans cette partie, par une raison tirée du droit des gens ; c'est que le législateur a perdu momentanément, au moins de fait, la souveraineté sur un pays qui est occupé par un autre État.

36. La présomption que la loi est généralement connue, et, partant, son effet obligatoire, peut cesser dans des cas particuliers lorsque, d'après le cours ordinaire des choses humaines, il a été impossible qu'un individu, régi par cette loi en thèse générale, en ait eu connaissance. Ainsi, par exemple, supposons qu'une loi française abroge l'article 999 du code civil, qui permet au Français se trouvant en pays étranger de faire un testament olographe. Peu d'instants après la publication de cette loi en France, un Français se trouvant en pays étranger, à une grande distance de sa patrie, a fait un testament olographe et est

mort, sans avoir pu apprendre le changement de législation. On ne peut pas présumer qu'il ait connu la loi. Ce serait énerver l'autorité morale de la loi que de lui prêter des fictions impossibles. Ce testament sera donc valable.

En France, l'article 4 du décret des 5-11 novembre 1870 permet dans certains cas aux autorités de ne pas admettre la présomption que la loi dûment promulguée et publiée n'était pas connue. (Voy. *suprà*, n° 33.)

37. Une loi peut-elle être exécutée après sa promulgation, mais avant l'expiration du délai après lequel elle est obligatoire?

Évidemment l'autorité publique n'a aucun droit de faire exécuter la loi contre les particuliers avant que cette loi soit devenue obligatoire. Mais les particuliers peuvent-ils valablement se soumettre à la loi avant l'expiration du délai mentionné? Oui, ils le peuvent dans tous les cas où ils pourraient déroger par leur volonté à la loi ancienne. Mais alors, c'est *leur convention* et non la nouvelle loi qui les oblige. Par le même motif, cette soumission volontaire et conventionnelle à la nouvelle loi ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers, qui ne sont soumis à la loi qu'après sa publication régulière.

III. DE LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS OU DE L'EFFET DES LOIS EN CE QUI CONCERNE LE TEMPS AUQUEL ELLES S'APPLIQUENT.

A. *Notion de la rétroactivité. Principe de non-rétroactivité.*

38. « La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point « d'effet rétroactif. » (Art. 2.) Le droit romain et le droit canon contiennent la même règle. L. 7, C. *De legibus*, I, 14; l. 65. i. f. C. *De decurionibus*, X, 31; cap. 2, X. *De constitutionibus*, I, 2.

Cette règle, qui est une conséquence de celle énoncée au n° 34, est aussi une loi de la nature autant qu'un principe de droit. Car la loi *ne peut* disposer que pour l'avenir; pas plus que la volonté de l'individu, elle ne peut commander au passé, qui n'est plus en son pouvoir. Mais la loi peut attacher aux actions humaines qui appartiennent au passé des effets juridiques autres que ceux que ces actions devaient avoir d'après les lois sous l'empire desquelles elles ont eu lieu; par exemple, punir un

fait non défendu au moment où il a été commis, ou déclarer nul un acte juridique, valable d'après la loi en vigueur à l'époque où il a été posé. Le changement des effets juridiques d'un acte passé peut porter atteinte aux droits fondés sur cet acte.

Une loi a un effet rétroactif lorsqu'elle change les effets juridiques d'un acte passé, au préjudice des droits fondés sur cet acte. La rétroactivité de la loi est contraire aux principes généraux de droit, notamment à la règle d'après laquelle une loi ne peut être obligatoire lorsqu'elle n'est pas connue (n° 34). De plus, elle est dangereuse pour la liberté individuelle et pour la sécurité de tous les droits.

Quelque respectable que soit la non-rétroactivité de la loi, elle n'est pas un principe *constitutionnel* en Belgique. Le législateur peut donc, sans violer la Constitution, attribuer à une loi un effet rétroactif, par une disposition formelle et expresse. L'article 2 du code ne s'adresse donc pas au *législateur* et ne le lie pas; il a pour but de défendre au juge d'appliquer la loi rétroactivement, à moins que le législateur ne lui en ait formellement imposé l'obligation.

39. La loi a un effet rétroactif lorsque, en changeant les effets juridiques d'un acte, elle porte atteinte aux droits résultant de cet acte, ou aux *droits acquis* d'une personne. Les droits acquis sont les droits personnels qui résultent de l'état de civité et de famille d'une personne, et les droits patrimoniaux qui sont déjà entrés dans son patrimoine, qui en font partie et que ne peut plus lui ôter la volonté de celui de qui elle les tient, ni la volonté d'un tiers.

De là il suit que les droits *conditionnels* sont aussi des droits acquis, puisque leur réalisation ne dépend plus de la volonté de celui de qui nous les tenons, mais d'un événement futur et incertain. (C. civil, art. 1168.)

40. Mais la simple *espérance* ou *expectative* d'un droit ne constitue pas encore un droit *acquis*. Il y a simple expectative lorsque, bien que la loi actuelle attache certains effets à un fait, ces effets peuvent cesser par la volonté de quelqu'un; par exemple, le lien de parenté entre frères peut donner naissance à la succession, mais le frère peut empêcher la succession *ab intestat* ou légale, en testant.

Il en est de même dans tous les cas où le droit n'est pas encore entré dans le patrimoine de quelqu'un, c'est-à-dire où il n'a pas encore pu en *disposer*.

Personne n'ayant un droit à l'immutabilité de la législation, on ne peut pas se plaindre d'avoir souffert une *injustice* lorsque la nouvelle loi vient enlever une simple *espérance*.

41. L'homme vivant dans l'État doit souffrir les restrictions de sa liberté naturelle que les lois lui imposent. L'étendue de sa liberté individuelle, c'est-à-dire de la faculté naturelle d'agir ou de ne pas agir, est donc essentiellement variable; à tout moment la loi peut la modifier, la restreindre. L'homme n'a donc pas un *droit acquis* à une étendue déterminée de sa liberté naturelle. La *capacité* de l'individu ou son aptitude à faire des actes juridiques appartient donc toujours à la loi actuelle.

Mais, lorsqu'un homme, en vertu de la liberté individuelle que la loi lui laisse, a *posé un acte juridique* qui est devenu la source de certains droits ou de certaines obligations déterminés, ces droits et ces obligations ne peuvent plus être changés par une loi nouvelle, qui modifierait l'étendue même de la faculté par l'exercice de laquelle cet acte juridique aurait été posé. Par exemple, à dix-huit ans, l'homme a la faculté de se marier; à tout instant une loi nouvelle peut modifier cette faculté et la fixer à un âge plus avancé. Les hommes ayant, au moment de la publication de la loi nouvelle, atteint l'âge de dix-huit ans, mais pas encore celui requis par la loi nouvelle, n'ont pas acquis le droit de se marier. Mais les droits de ceux qui sont déjà mariés au moment de la publication de la loi nouvelle ne peuvent pas être changés.

On a appelé *droits facultatifs* l'ensemble des facultés légales d'agir ou de ne pas agir, et on dit dès lors que les droits facultatifs sont toujours soumis à la nouvelle loi.

42. Une loi n'est pas moins rétroactive, si elle règle les conséquences d'un acte qui produit des effets continus, comme par exemple d'un bail, d'un prêt à intérêt, seulement à partir du moment où elle a été publiée, tout en maintenant les effets produits depuis l'origine de l'acte jusqu'au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle. Par exemple, avant la loi du 3 septembre 1807, on pouvait stipuler des intérêts dépassant 5 p. c. En 1804, un prêt a été fait pour dix ans à 6 p. c. La nouvelle

loi pourrait être rétroactivement appliquée de deux manières : en réduisant les intérêts aussi pour les trois années passées depuis 1804 jusqu'en 1807, ou bien en les réduisant seulement pour les sept années qui restent encore à courir, comme le fait la loi 27, C. *de usuris*, IV, 32.

43. L'article 2 du dernier projet du code civil contenait encore la disposition suivante : « Néanmoins la loi *interprétative* d'une loi précédente aura son effet du jour de la loi qu'elle explique, sans préjudice des jugements rendus en dernier ressort, des transactions, décisions arbitrales et autres passés en force de chose jugée. »

Tout le conseil d'État admettait ce principe, mais il a retranché cette partie de l'article à cause de la difficulté de déterminer en thèse ce qu'on doit entendre par une loi *purement interprétative*.

Les tribunaux doivent se conformer à la loi interprétative dans toutes les affaires non définitivement jugées. Cette règle n'est pas une véritable exception au principe de non-rétroactivité, puisque la loi interprétée est censée *avoir toujours eu* le sens fixé par la loi interprétative. (Lois belges des 4 août 1832, art. 25, alinéa 2, et 7 juillet 1865, art. 5.)

Toutefois, la loi belge du 7 juillet 1865 (*Moniteur* du 11 juillet) a modifié ce principe en abrogeant les articles 23, 24 et 25 de la loi du 4 août 1832. Elle porte, dans ses articles 1er et 2, que : « si le deuxième arrêt, jugement ou décision est annulé par les mêmes motifs que ceux de la première cassation, le juge du fond, à qui l'affaire est renvoyée, doit se conformer à la décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour ».

B. *Limites du principe de non-rétroactivité des lois.*

44. Le but de l'État est de réaliser le droit. La loi est l'organe des principes de la justice ; elle en commande l'exécution. Les différentes institutions politiques et civiles qui régissent la société sont l'expression de ses idées du juste et de l'injuste, ou les moyens de réaliser ce qui est juste. Le législateur est l'organe souverain de ce qui est juste ; il est le souverain appréciateur des moyens et des institutions par lesquels le but de l'État peut

être le mieux atteint. La loi peut donc déclarer qu'une institution existante n'est pas juste, qu'elle est contraire au droit, et qu'elle doit être supprimée entièrement et immédiatement. Les lois de cette nature ont un caractère impératif absolu. Elles détruisent les institutions qu'elles frappent, ainsi que les droits qui en résultent, sans respecter les droits acquis, parce que du moment que le législateur a proclamé qu'une institution est contraire au droit, il ne peut plus la laisser subsister au profit de quelques personnes. Les lois abolitives de la féodalité, du servage, des corvées, des dîmes, de l'esclavage, ont ce caractère. Les lois de cette nature ont un effet rétroactif en ce qu'elles ne défendent pas seulement pour l'avenir d'acquérir des droits se rattachant aux institutions abolies, mais qu'elles anéantissent ces droits même entre les mains de ceux qui les possèdent actuellement.

Quant à savoir si les lois de cette espèce sont toujours justes en elles-mêmes, ou s'il ne faudrait pas indemniser ceux qui sont privés de leurs droits acquis par l'abolition de toute une institution, ce n'est pas une question de droit civil, mais de législation et de politique.

Ce qui vient d'être dit s'applique aussi aux lois qui, sans abolir une institution ou sans porter atteinte à des droits acquis, en subordonnent le maintien à certaines conditions, ou en règlent l'exercice. La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 offre plusieurs exemples de dispositions de cette espèce.

C. *Application du principe de non-rétroactivité aux principales matières du droit.*

45. La validité d'un acte juridique, en ce qui concerne la *forme* et la *capacité* de la personne qui l'a posé, est en général régie par la loi en vigueur au moment où l'acte a été fait. *Tempus regit actum.*

1° DES DROITS PUREMENT PERSONNELS.

46. Les lois concernant les droits *purement personnels* comprennent deux catégories de dispositions, qu'il importe de distinguer :

1° Les dispositions qui règlent la *capacité* des personnes,

c'est-à-dire, leur aptitude à faire des actes juridiques, et les conditions sous lesquelles ces actes peuvent être faits;

2° Les dispositions qui règlent l'*état* (*status*) des personnes, c'est-à-dire, leur position dans la société à l'égard d'autres personnes, position qui leur donne certains droits positifs, par exemple leur état de nationalité, de famille, etc., et à laquelle certains droits sont attachés.

a. *De la capacité des personnes.*

47. La capacité n'est pas un droit acquis; elle constitue une faculté abstraite d'agir (n° 41). Le législateur peut changer les conditions de capacité. Les actes faits sous l'ancienne loi, par suite de l'exercice de la capacité qu'elle déterminait, doivent être maintenus; mais la nouvelle loi s'applique à tous les actes futurs, à partir de sa publication.

Ainsi : la loi qui change la majorité s'applique immédiatement. Si elle recule l'époque de la majorité, les individus déjà majeurs d'après l'ancienne loi seront replacés en minorité. La question est controversée. Plusieurs jurisconsultes considèrent la majorité accomplie comme un *droit acquis*, que la nouvelle loi ne peut pas enlever; les uns, parce qu'ils considèrent la majorité comme un *état*, les autres adoptent cette opinion plutôt par des considérations d'utilité que de droit (*utilitatis causa, contra regulam juris*).

Il en est de même de la capacité de tester, de celle de contracter mariage à un certain âge, et de la puissance maritale. La capacité des femmes peut être modifiée; la loi nouvelle s'applique même aux mariages contractés antérieurement, pourvu que la loi concerne réellement la *capacité personnelle* et non les droits sur les *biens*. (Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n[os] 173, 175 177, 178 et suiv.)

b. *De l'état des personnes.*

48. L'*état* acquis conformément à la loi ancienne ne peut plus être enlevé par la loi nouvelle, quand même cette loi changerait les conditions sous lesquelles l'état pourrait être acquis à l'avenir. Ainsi, par exemple, la naturalisation, le mariage, la légitimation,

la reconnaissance d'un enfant naturel sont régis par la loi sous l'empire de laquelle ces actes ont eu lieu.

Mais il faut que l'acquisition de l'état soit *consommée*. Ainsi, la nouvelle loi s'applique à toutes les personnes qui sont seulement en instance d'acquérir cet état, bien qu'elles aient déjà accompli des préliminaires à cet effet; par exemple à une personne qui a formé une demande de naturalisation, ou fait publier les bans du mariage. (Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, n° 171.)

Suivant quelques-uns, l'enfant naturel né sous la loi qui permet de reconnaître les enfants naturels, a un *droit acquis à pouvoir être reconnu*, et ce droit constitue une partie de son état. C'est une erreur.

49. Quant aux lois relatives au *divorce*, elles doivent être jugées d'après les principes du n° 44. Elles sont d'ordre public et ont un caractère impératif absolu. Quelle que soit la loi sous laquelle le mariage a été contracté, la possibilité ou l'impossibilité de divorcer est entièrement régie par la loi nouvelle. (Laurent, t. I, n° 180.)

2° DES DROITS PATRIMONIAUX.

a. *Des droits réels (propriété, servitudes, hypothèques).*

50. La forme et les conditions d'acquisition et d'aliénation de la propriété sont régies par la loi sous le régime de laquelle ces actes ont été passés. Il en est de même des servitudes. La loi nouvelle est immédiatement applicable. (Aix, 16 décembre 1869 D. P., 71, 2, 74.)

51. Il en est de même en ce qui concerne les hypothèques. (Cass. fr., 8 mars 1865, D. P., 65, 1, 128.)

Une loi nouvelle qui créerait de nouvelles hypothèques légales ou de nouveaux priviléges ne s'appliquerait pas aux actes déjà passés; l'hypothèque ou le privilége qui en résulterait n'appartiendrait qu'aux actes postérieurs à la nouvelle loi. (Voy. loi *unica*, § 16, C. *de rei uxor. act.* V, 13.)

Alors le nouveau privilége pourrait-il primer les hypothèques établies *avant* la loi nouvelle? Non; ce serait enlever au créancier hypothécaire un droit au rang de sa créance, *acquis* sous

l'empire d'une législation qui ne permettait pas qu'il pût en être primé.

Mais les conditions et formalités prescrites par la loi nouvelle pour la conservation et l'exercice des hypothèques s'appliquent aussi aux hypothèques antérieures à cette loi, soit que ces formalités soient augmentées ou diminuées (n° 44 à la fin). (L. du 8 décembre 1828; L. du 12 août 1842; L. du 16 décembre 1851, *Dispositions transitoires*. Arr. Liége, 21 mai 1851, B. J., t. 11, 167; P., 1851, 303.)

b. *Des contrats.*

52. La capacité des contractants, la forme et les effets d'un contrat sont régis par la loi sous laquelle il a été passé (n° 45), quand même une loi nouvelle changerait d'une manière générale les effets de ce genre de contrat. Car les droits résultant d'un contrat sont des *droits acquis* reposant sur un titre irrévocable. Les parties qui ont formé ce lien de droit ont, au moment du contrat, eu l'intention de se soumettre aux obligations que la loi sous laquelle elles ont contracté attachait à ce genre de conventions; elles n'ont pas pu avoir l'intention de se soumettre à des obligations qu'elles ne connaissaient pas et qu'elles ne pouvaient pas prévoir. La loi nouvelle ne peut donc pas modifier les effets d'un contrat antérieur, sans aggraver les obligations du débiteur ou sans porter atteinte aux droits du créancier. (Cass. fr., 29 mars 1876, D. P., 1876, 1, 493.)

53. La même règle s'applique aux causes de nullité, de résolution ou de révocation dont le contrat peut être affecté. Ainsi, si d'après l'ancienne loi une convention était rescindable pour cause de lésion ou résoluble pour inexécution de la part de l'un des contractants, elle continuerait de l'être même sous l'empire d'une loi nouvelle qui aurait aboli ces causes de rescision ou de résolution. De même, un contrat ne deviendrait pas annulable ou résoluble pour une cause non admise par la loi sous l'empire de laquelle il a été formé, mais introduite par une loi postérieure. (Cass., 2 novembre 1855. P., 1856, 73; B. J., t. 14, 1105.) Par exemple le remboursement du capital d'une rente perpétuelle constituée avant le code civil ne peut pas être demandé sous le

code, quand même le débiteur aurait, pendant deux ans, cessé de remplir ces obligations. (Code civil, art. 1912; Laurent, t. I, n° 226.) Quelques auteurs sont d'un avis contraire sur cette deuxième règle, au moins dans le cas où le fait, que la nouvelle loi admet comme cause de rescision ou de résolution, a *pris naissance sous l'empire* de cette loi. Ainsi, dans l'exemple cité, ils admettent la demande de remboursement du capital de la rente, si c'est après la publication de la loi nouvelle que le débiteur a cessé de remplir ses obligations pendant deux ans. (Bruxelles, 30 octobre, et Liége, 9 décembre 1842, J. P. B., 1853, p. 29 et la note; P., 1853, p. 28, 197; B. J., t. 10, 1457; t. 11, 970.) C'est une erreur. Car, admettre cette opinion, ce serait donner au contrat un effet qu'il n'avait pas dans le principe et que les parties contractantes n'ont pas voulu lui donner.

La révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfants se règle d'après la loi en vigueur au moment où la donation a été faite, et non d'après la loi en vigueur lorsque l'ingratitude ou les enfants sont survenus.

Les principes sur les effets du contrat s'appliquent également aux obligations et aux actions résultant des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits accomplis avant la publication d'une loi nouvelle.

54. Les mêmes règles s'appliquent au *contrat de mariage*, que les époux aient réglé leurs conventions matrimoniales par des stipulations expresses, ou qu'ils se soient mariés sans contrat. Dans ce dernier cas, ils sont présumés s'être soumis aux lois en vigueur à l'époque où le mariage a été célébré, et les droits qui découlent de ces lois sont aussi irrévocables que s'ils avaient été formellement stipulés. Ainsi, si les époux se sont mariés sous un régime qui permettait l'aliénation des biens dotaux, ces biens ne sont pas devenus inaliénables par la publication du code civil. Les gains de survie admis par les anciennes coutumes, ou stipulés par un contrat de mariage, ainsi que les institutions contractuelles, sont également hors de l'atteinte de la loi nouvelle. (Cass. B., 14 avril 1848.) De même les effets de la séparation de corps, quant aux biens, sont réglés par la loi en vigueur à l'époque du mariage. (Chambéry, 26 juin 1869. D. P. 1869, 2, 154).

55. Il peut y avoir doute sur l'effet d'une *donation entre-vifs*, dans l'hypothèse où la loi nouvelle changerait la quotité de biens disponible du donateur. Il faut distinguer :

1° La loi nouvelle *diminue* la quotité disponible, par exemple de 1/2 elle la réduit à 1/3 s'il y a un enfant. La donation antérieure n'en est point atteinte. Le donataire est devenu propriétaire irrévocable des objets donnés (art. 920 et 921). Son droit ne pourrait être réduit que dans l'hypothèse qu'*au moment du décès* du donateur la donation excéderait la quotité dont il pouvait disposer au moment de la donation. (Laurent, I, nos 246, 247.)

2° La loi nouvelle *augmente* la quotité disponible. Par exemple : ayant un enfant, j'ai donné les 3/4 de mes biens à un étranger ; avant ma mort, la loi nouvelle permet de disposer des 3/4, ou bien elle supprime *toute* réserve. La donation peut-elle être attaquée par l'enfant ?

Il y a controverse. Suivant les uns, la donation peut être réduite à la moitié, parce que, d'après la loi en vigueur au moment de la donation, elle n'a été valable que jusqu'à concurrence de la moitié ; la loi nouvelle n'a pas pu la valider rétroactivement. (Marcadé, art. 2, n° 5.)

Suivant d'autres jurisconsultes (Demolombe, 1, 51) la donation est valable et le donataire antérieur peut invoquer la loi nouvelle. Cette opinion est juste. Car le donateur *lui-même* n'a pas le droit de faire réduire la donation (art. 921) ; son héritier ne le peut donc pas non plus du *chef* de son auteur. Il ne le pourrait que de *son propre chef*, en vertu de la loi qui lui assure une réserve. Mais, du vivant du donateur, la réserve n'était pas un droit *acquis ;* c'était une simple *expectative* (n° 40) d'une succession, laquelle est régie par la loi sous laquelle elle s'ouvre. Le droit d'attaquer la donation n'appartient à l'héritier que dans les limites tracées par la loi qui lui attribue la succession, c'est-à-dire, sous laquelle cette succession s'ouvre. (Montpellier, 21 janvier 1851, D. P., 1851, 2, 204 ; Laurent, I, n° 249. En sens contraire, Cass. fr., 16 avril 1862, D. P., 1862, 1, 275.)

c. *Des successions.*

56. — 1° *Des successions ab intestat.* Si une loi nouvelle change l'ordre des successions, les successions *ouvertes* avant sa publi-

cation sont régies par la loi ancienne. Elles constituent des droits *acquis*. Les successions *futures* sont régies par la loi nouvelle; elles ne constituent, au profit des héritiers présomptifs, que des *expectatives* (n° 40). Cette règle s'applique aussi à la capacité de succéder. (Cass. fr., 6 avril 1868, D. P., 1869, 1, 301.)

57. — 2° *Des successions testamentaires*. Il faut les examiner sous cinq points de vue.

a. Par rapport à la *capacité du testateur*. Le testateur doit être capable au moment de la confection du testament et au moment de sa mort. Sa capacité est donc régie par la loi nouvelle, parce que le testament est un acte révocable, dont la seule existence n'attribue aucun droit acquis à l'institué. Il s'ensuit que le testament fait par une personne, capable d'après la loi ancienne, perd sa validité si la loi nouvelle déclare cette personne incapable. Par la même raison le testament fait par un incapable demeure nul, quand même cet incapable aurait été déclaré capable par la loi nouvelle.

b. Par rapport à la *capacité* de la personne *instituée*, de l'héritier ou légataire. Elle est régie par la loi nouvelle (n° 41). Le droit au legs n'est acquis qu'après le décès du testateur; avant cette époque, l'institué n'a qu'une espérance. Si un legs *conditionnel* était ouvert, et que, pendant que la condition est en suspens, la loi nouvelle changeât la capacité du légataire, cette loi ne lui serait pas applicable. Un droit conditionnel est un droit acquis (n° 39).

c. Par rapport à la *validité* même des *dispositions* que renferme le testament, par exemple d'une substitution. Elle doit être jugée d'après la loi en vigueur à l'époque du décès du testateur. (Cass. fr., 2 mars 1858, D. P. 1858, 1, 308).

d. Par rapport à la *quotité disponible*. Elle est régie par la loi en vigueur au jour du décès du testateur, soit qu'elle ait été augmentée, diminuée ou supprimée depuis que le testament a été fait. (Cass. fr., 2 août 1853, D. P., 1853, 1, 300.)

Toutefois, si le testament donnait à quelqu'un la *quotité disponible*, et que cette quotité eût été augmentée par une loi nouvelle, il y aurait lieu d'examiner, en fait, quelle a été l'intention du testateur, s'il n'a pas voulu donner seulement la quotité disponible de la loi ancienne, sous laquelle il a testé. Mais c'est une

question d'interprétation du testament, non une question de rétroactivité des lois.

e. Par rapport à la *forme*. Elle est régie par la loi en vigueur au moment où le testament a été fait (nº 45).

3º DE LA PREUVE DES ACTES JURIDIQUES.

58. — Les jurisconsultes distinguent entre *ordinatoria* et *decisoria litis*.

Par *ordinatoria litis*, ils entendent la voie et les formalités de procédure à suivre pour l'exercice d'un droit; elles sont toujours régies par la loi en vigueur au moment où l'exercice du droit est poursuivi. (Cass. fr., 23 mars 1868, D. P., 1868, 1, 254. Voy. aussi en ce sens un arrêt du 5 fructidor an IX, 23 août 1801, relatif à un conflit d'attribution entre les autorités administrative et judiciaire.)

Par *decisoria litis*, ils entendent les moyens d'établir la preuve d'un fait en justice.

La preuve d'un fait juridique est réglée par la loi du temps où le fait s'est passé; car il n'est pas au pouvoir de la personne, intéressée à prouver, de prévoir les moyens de preuve qu'une législation future pourrait prescrire. Cette thèse est généralement admise. (Cass. 16 mars 1850, B. J., t. 8, 433, P., 1850, 195; Bruxelles, 11 août 1851, B. J., t. 10, 545; P., 1854, 212; Cass. fr., 7 juillet 1874, D. P., 1876, 1, 430.)

IV. DE L'EFFET DES LOIS EN CE QUI CONCERNE LE LIEU OU ELLES DOIVENT S'APPLIQUER (art. 3).

A. *Introduction.*

59. L'homme ne vit pas seulement dans les limites de son pays : il est en communication avec d'autres nations. Il peut faire en pays étrangers des actes juridiques concernant sa personne ou ses biens; il peut contracter avec des étrangers; il peut, en mourant, laisser des biens dans plusieurs pays soumis à des législations différentes. Par quelles lois sont régis les divers rapports de droit privé que les communications internationales font naître? Ces questions font l'objet du droit international privé.

Le code ne contient que peu de règles sur cette matière. L'ar-

ticle 3 distingue trois espèces de dispositions : 1° les lois de police et de sûreté; 2° les lois régissant les immeubles, appelées aussi lois réelles ou *statuts réels;* 3° les lois concernant l'état et la capacité des personnes, appelées aussi lois personnelles ou *statuts personnels*.

B. *Des lois de police et de sûreté.*

60. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » (art. 3, alinéa 1). Il n'est pas même nécessaire d'*habiter* le territoire pour être soumis à ces lois; il suffit de s'y *trouver*.

Les termes *lois de police et de sûreté* doivent être pris dans un sens étendu et comprendre aussi les arrêtés et règlements d'administration générale, provinciale et communale, les lois sur les contributions directes et indirectes et autres de même nature.

La règle de l'article 3, alinéa 1, ne s'applique pas aux agents diplomatiques des nations étrangères, revêtus d'un caractère représentatif. Ils jouissent, pour eux, pour leur famille et leur suite, du droit d'exterritorialité, et ne peuvent être traduits, ni en matière civile ni en matière de répression, devant les tribunaux français. « La Convention nationale interdit à toute autorité constituée », porte le décret du 13 ventôse an II, « d'attenter en aucune manière à la personne des envoyés des gouvernements étrangers; les réclamations qui pourraient s'élever contre eux seront portées au comité de salut public, qui seul est compétent pour y faire droit. »

C. *Des lois relatives au droit civil.*

1. DES LOIS PERSONNELLES OU DES LOIS CONCERNANT L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ DES PERSONNES.

61. « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger » (art. 3, alinéa 3). Ces lois ont été définies au n° 46.

Ainsi, la perte ou la conservation de la nationalité du Français, son mariage et sa capacité de le contracter, ses droits sur la

personne et les biens de ses enfants, sa légitimité, sa minorité, sa majorité, son émancipation, son adoption, sa capacité de faire des actes de la vie civile, par exemple de disposer de ses biens par acte entre-vifs ou par testament, de se porter caution, la capacité de la femme mariée, etc., doivent être jugées d'après la loi française lorsqu'une contestation relative à ces droits est portée devant un tribunal français.

Quand une contestation de ce genre est portée devant un juge étranger, celui-ci aura avant tout à examiner si la législation de son pays ne s'oppose pas à ce que l'état et la capacité du Français soient jugés d'après les lois françaises. Si sa propre loi ne le défend pas, le juge étranger peut juger le Français d'après la loi française.

62. Quelques jurisconsultes distingnent entre la capacité *générale* de la personne et la capacité *spéciale* de faire certains actes, et pensent que l'article 3, alinéa 3, ne doit s'appliquer qu'à la capacité générale, mais que la capacité spéciale ou l'incapacité spéciale pour certains actes est régie par la loi dans le ressort de laquelle l'acte est passé; par exemple, une femme, incapable d'après les lois de son pays de se porter caution, pourrait valablement cautionner en France. (Paris, 15 mars 1831 et Cass. fr., 17 juillet 1833, Boran C. Hervas). Cette distinction manque de base légale et de fondement juridique. C'est pourquoi la capacité d'aliéner des immeubles est régie par la loi personnelle du vendeur, et non par la loi de la situation de l'immeuble. (Voy. Cologne, 24 avril 1844 et 25 février 1845; 20 octobre 1857, B J., t. 4, 1151, t. 17. 229; Liége 22 novembre 1864 et 5 janvier 1867, B. J., t. 23, 264, t. 26, 1403; Bruxelles, 29 juillet 1865, aff. Lindoso, B. J. t. 23, 1073; Cass. fr., 26 février 1873, D. P. 1873, 1, 208, et 14 mars 1877, *ibid.*, 1877, 1, 385.)

63. L'article 3, alinéa 3, du code civil doit-il être appliqué réciproquement aux étrangers? C'est-à-dire les tribunaux français doivent-ils juger l'état et la capacité des étrangers d'après la loi française ou d'après les lois qui régissent ces étrangers?

Aucune disposition de loi ne proclame le principe de l'application réciproque de l'article 3, alinéa 3, aux étrangers, mais aucune loi ne la défend non plus Suivant quelques jurisconsultes, l'étranger, en France, est toujours soumis aux lois personnelles

de son pays. (Duranton, I, n° 93). Suivant d'autres jurisconsultes l'étranger, en France, est toujours soumis aux lois personnelles de la France, pour tous les actes qu'il y fait et à raison des biens qui y sont situés, par le motif que le juge français ne devrait appliquer d'autres lois que les lois françaises.

La première opinion doit être admise. Elle est rationnelle; car l'état et la capacité doivent avoir de l'unité et de la stabilité, et il est contraire à la raison qu'une personne puisse avoir un autre état ou une autre capacité chaque fois qu'elle entre dans un autre pays. Elle est conforme au texte de la loi et à l'intention du législateur; car la différence entre la rédaction des alinéas 1 et 2 et celle de l'alinéa 3 de l'article 3 démontre que le législateur n'a pas voulu appliquer aux lois personnelles la même règle, qu'il applique aux lois de police et de sûreté et à celles qui régissent les immeubles. De plus, l'article 4 du titre IV du livre préliminaire du projet primitif du code civil portait cette disposition : « La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire; l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence; » et le législateur n'a pas admis cette disposition dans sa généralité. Enfin, la réciprocité est le moyen le plus efficace, on peut dire la condition indispensable, de faire admettre en pays étranger le principe de l'unité du statut personnel proclamé par le code pour les Français. (Bruxelles, 29 juillet 1865, cité au n° 62).

Le principe de la réciprocité doit être appliqué tant à la capacité spéciale qu'a la capacité générale de l'étranger (n° 62).

64. Il résulte de la règle qui précède : que l'étranger incapable, d'après les lois de son pays, de se marier, quoique, d'après les lois françaises, capable de contracter mariage, ne peut pas se marier en France (Paris, 13 juin 1814; Rennes, 16 mars 1842); mais que l'étranger capable de contracter mariage dans son pays, quoique incapable en France, peut y contracter mariage, sauf la restriction indiquée au n° 65; qu'un étranger divorcé d'après les lois de son pays, peut se remarier en France. (Cass. fr., 28 février 1860, D. P. 1860, 1, 57, rendu sur les conclusions conformes de M. Dupin; et, sur renvoi, Orléans, 19 avril 1860, D. P. 1860, 2, 82.) Jusqu'alors la jurisprudence française s'était prononcée en sens contraire. (Voy. Paris, 30 août 1824; 28 mars 1843;

4 juillet 1859, D. P. 1852, 2, 153. C'est ce dernier arrêt qui a été cassé le 28 février 1860). Il suit encore de cette règle que l'enfant naturel, légitimé par rescrit du prince, et dont le père appartient à un pays où ce mode de légitimation est admis, doit jouir en France de tous les droits d'un enfant légitime ; que le testament d'un étranger, capable de tester d'après les lois françaises, mais incapable de tester d'après les lois de son pays, ne doit pas être exécuté en France, pas même sur les immeubles qu'il y a laissés. (Demolombe, I, n° 99.)

Il suit encore du principe exposé au n° 63 que l'état et la capacité du Français, légalement naturalisé en pays étranger, doivent être jugés d'après la loi étrangère; par exemple, que le Français naturalisé Belge peut demander le divorce contre sa femme. (Brux., 31 décembre 1877, B. J., t. 36, 259.)

65. — La règle de la réciprocité énoncée au n° 63 doit être limitée. La loi personnelle de l'étranger ne doit pas être appliquée toutes les fois que cette application, en France, conduirait à un résultat contraire à l'ordre public ou aux mœurs art. 6). (Paris, 2 août 1866, D. P., 1867, 2, 41.) Par suite de cette modification de la règle, la capacité de l'étranger peut être, en France, quelquefois plus restreinte, quelquefois plus étendue que dans son propre pays.

Elle serait plus restreinte, par exemple, si dans le pays auquel l'étranger appartient, la polygamie était admise; en France, il ne pourrait pas contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

Par la même raison, une société anonyme étrangère ne peut avoir personnalité civile en France, qu'avec l'autorisation du gouvernement français. (Cass. B., 8 février 1849; 30 janvier 1851 ; Bruxelles, 8 août 1853, B. J. t. 7, 229; t. 9, 213; t. 11, 1297; P., 1849, 221; 1851, 307, Cass., 1854, 336.) Toutefois cet état de choses est changé, en Belgique, par la loi du 14 mars 1855 et, en France, par la loi des 30 mai-11 juin 1857, en vertu desquelles les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, qui, en France, sont soumises à l'autorisation du gouvernement français, et, en Belgique, à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent réciproquement, dans l'un et dans l'autre pays, exercer tous leurs droits

et ester en justice. Le gouvernement français et le gouvernement belge sont, par les mêmes lois, autorisés à étendre, par décret ou par arrêté, le même bénéfice aux sociétés de même nature existant en tout autre pays. La loi belge fait dépendre cette extension de la simple condition de réciprocité constatée par des traités ou par les lois du pays étranger.

Depuis lors, la législation sur les sociétés anonymes a été changée dans les deux pays. D'après la loi française des 23-29 mai 1863, sur *les sociétés à responsabilité limitée*, art. 1er, il peut être formé, sans l'autorisation exigée par l'article 37 du code de commerce, des sociétés commerciales appelées *sous responsabilité limitée*, et la loi des 24-29 juillet 1867 étend la même faculté à toutes les sociétés anonymes (art. 21).

La loi belge du 18 mai 1873 sur les *sociétés* n'exige plus l'autorisation du gouvernement pour la formation des sociétés anonymes. (Voy. *infrà*, n° 81.) Suivant l'article 128 de cette loi, les sociétés anonymes et les autres sociétés commerciales, industrielles ou financières constituées et ayant leur siége en pays étranger, pourront faire leurs opérations et ester en justice en Belgique.

La cour de Bruxelles a décidé que, déjà avant la promulgation de cette loi, une société anonyme ayant une *existence légale* en France a pu ester en justice en Belgique, sans l'autorisation exigée par l'article 37 du code de commerce, pourvu que la réciprocité soit établie. (Arr. du 15 janvier 1875, B. J., t. 33, 409.)

En vertu du même principe, les établissements d'utilité publique, de bienfaisance ou religieux étrangers, quand même ils pourraient acquérir des biens par donation ou succession dans leur pays sans autorisation du gouvernement, ne peuvent pas acquérir de la même manière, en France, sans autorisation du gouvernement français. (C. civil, art. 910.)

La capacité de l'étranger peut être plus étendue en France que dans son propre pays, toutes les fois que la disposition de la législation étrangère sur laquelle repose l'incapacité, soit générale, soit spéciale, est contraire aux lois françaises qui intéressent l'ordre public; par exemple, l'individu condamné par un tribunal étranger à une peine emportant la mort civile ne serait

pas atteint, en France ou en Belgique, de l'incapacité attachée à cette peine. (Const. belge, art. 13; L. fr., des 31 mai-3 juin 1854; Bruxelles, 18 juillet 1833.)

La question de savoir dans quels cas la capacité ou l'incapacité de l'étranger est de nature à intéresser l'ordre public d'un autre pays n'est pas susceptible d'une solution générale. Elle dépend des notions juridiques et des mœurs individuelles de chaque nation.

2. DES LOIS CONCERNANT LES DROITS PATRIMONIAUX.

a. *Des droits réels immobiliers.*

66. Les lois ne portent une disposition positive que sur les *immeubles*. « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » (C. civ., art. 3, alin. 2). Cette règle est une conséquence du *domaine éminent* exercé par l'État sur son territoire. Il en résulte que c'est à la loi de la situation qu'il faut recourir pour savoir : 1° quels droits, c'est-à-dire quel empire juridique on peut exercer sur les immeubles situés en France; si l'on peut y exercer la propriété des hypothèques, des servitudes ou d'autres droits encore; 2° quelles sont les choses susceptibles de droits réels; 3° dans quelle étendue et avec quels effets on peut exercer ces droits, par exemple, si on peut les revendiquer entre les mains du tiers détenteur, s'il y a un droit de suite; 4° de quelle manière et avec quelles formalités on peut acquérir, transmettre ou aliéner les droits immobiliers; quel est le délai de prescription par laquelle ils peuvent être acquis ou perdus; comment on peut constituer, acquérir et conserver les hypothèques, et quel est le rang entre elles. Les dispositions qui règlent ces points sont les *statuts réels* ou les lois *réelles*. (Brux. 29 juillet 1865, cité au n° 62.)

Toutefois, il importe de distinguer le *titre* et le *mode* translatif de la propriété. Le titre, c'est l'acte par lequel l'un aliène et l'autre acquiert la propriété; sa forme est régie par la loi du pays où il est passé. Le mode, c'est la manifestation extérieure par laquelle le transfert de propriété se constate par rapport à l'immeuble.

Ainsi, par exemple, les immeubles appartenant à un mineur belge, mais situés en pays étranger, peuvent valablement être vendus en Belgique, en observant les formalités réglées par la loi belge pour les mineurs. Mais si la loi de la situation exige la transcription, elle doit s'effectuer dans le pays étranger. (Liége, 5 janvier 1867, B. J., t. 26, 1403.)

La capacité personnelle d'aliéner des immeubles est régie par la loi personnelle. (Voy. *suprà*, n° 62 *in fine*.)

Sur le droit de succéder dans les immeubles situés en France, voy. *infrà*, n° 70.

b. *Des meubles.*

67. La législation d'un État qui règle les droits que l'on peut avoir sur les biens s'applique naturellement à toute espèce de biens meubles et immeubles. Les meubles, considérés individuellement comme *objets* des droits, et abstraction faite de toute question de succession (voy. *infrà*, n° 70) sont donc régis par la loi de leur situation actuelle. Ainsi, c'est d'après cette loi qu'il faut décider, par exemple, si un meuble est dans le commerce ou non; quels sont les droits dont les meubles sont susceptibles, s'ils peuvent être revendiqués, s'ils ont suite par hypothèque; de quels privilèges ils peuvent être frappés; quels sont les effets de la possession d'un meuble (Cass. fr. 19 mars 1872, D. P., 1874, 1, 465; Rouen, 22 juillet 1873, *ibid.*, 1874, 2, 180); de quelle manière et avec quels effets la transmission doit en être faite; s'ils peuvent être acquis par prescription et dans quel délai; par quelle voie d'exécution on peut les atteindre. Presque tous les jurisconsultes sont d'accord sur ces points.

c. *Des obligations.*

68. Le juge français peut être appelé à statuer sur une obligation contractée en pays étranger, soit entre Français, soit entre étrangers, soit entre Français et étrangers. D'après quelle loi doit-il juger la validité et les effets de l'obligation?

Suivant quelques jurisconsultes, il faut suivre la règle *Locus regit actum*, et appliquer à ces obligations la loi du lieu où elles

ont pris naissance. (Cass. fr., 23 février 1864, D. P., 1864, 1, 166 et la note.) Mais le but de toute obligation est d'être exécutée; c'est ordinairement au lieu d'exécution de l'obligation que le débiteur peut ou doit être poursuivi, et c'est le juge de ce lieu qui doit en connaître. Si l'on pouvait formuler un principe général, il serait plus rationnel de dire que le lieu de l'exécution régit l'acte, *Locus solutionis regit actum*. Nous essayerons de formuler quelques règles sur les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

69. 1° Le juge français ne peut jamais admettre en France la validité et l'exécution d'une convention dont le résultat serait contraire à l'ordre public, aux mœurs, ou à une loi prohibitive, par exemple d'une dette de jeu, de la stipulation d'un intérêt dépassant le taux légal.

2° Lorsqu'une obligation a pour cause un fait unilatéral, par exemple un délit, un quasi-délit ou un quasi-contrat, elle doit être jugée d'après la loi du pays où elle a été contractée.

3° Dans les obligations résultant de conventions, il faut avant tout examiner si les parties ont eu la volonté de faire régir leur acte par une législation déterminée ou non.

4° Si, en thèse générale, une convention peut être jugée d'après plusieurs législations, par exemple d'après celle du lieu où elle a été formée, ou du lieu où elle doit être exécutée, ou de celui du domicile du débiteur, et que d'après une de ces législations elle serait nulle, il faut la juger d'après celle qui lui donne un effet. (C. civ., art. 1157.)

5° Si le lieu de l'exécution de l'obligation est déterminé, elle doit être jugée d'après la loi de ce lieu, à moins que les parties n'aient manifesté une autre volonté. (C. Brux., 24 février 1849 B. J., t. 7, 759; P., 1849, 102; J. P. belge, 1849, 233 et la note.)

6° Si le lieu de l'exécution n'a pas été fixé, l'obligation doit être jugée d'après la loi du lieu où elle a été contractée.

7° S'il s'agit de l'*interprétation* d'une convention, il faut consulter l'usage du pays dans lequel elle a été conclue. (C. civ., art 1159.) Toutefois, la nationalité des contractants et la langue dont ils se sont servis sont des éléments d'interprétation également importants. (Brux., 10 janvier 1848, B. J., t. 6, 193; P., 1848, 51.)

d. *Des successions.*

70. Par quelle loi est régie la succession d'un Français ouverte en pays étranger, ou la succession d'un étranger ouverte en France, ou bien la succession d'un étranger qui laisse des biens en France?

Trois systèmes ont été émis sur cette question :

1° D'après le plus ancien, la succession est régie par les lois de la *situation des biens qui en dépendent* Si ces biens, meubles ou immeubles, se trouvent dans différents pays, la succession dans chaque objet est réglée d'après la loi du pays où cet objet se trouve. Il y a donc autant de successions qu'il y a de législations différentes sous lesquelles se trouvent les biens laissés par le défunt. Ce système fait une application rigoureuse du principe de la territorialité.

2° Le deuxième système, qui a été défendu en Allemagne depuis le XVIe siècle, et qui forme encore la jurisprudence en France, en Belgique, en Angleterre et dans l'Amérique du Nord, part du même principe, mais il en restreint l'application aux *immeubles*. D'après ce système, la succession dans les immeubles est régie par la loi du lieu de leur situation; la succession dans le mobilier (meubles corporels, créances et obligations) est régie par la loi du dernier domicile, ou, à défaut de domicile, par la loi de la nation à laquelle appartenait le défunt. *Mobilia personam sequuntur; mobilia ossibus inhærent.* Il y a donc autant de successions distinctes qu'il y a de lieux de situation des immeubles. Cette opinion considère les lois réglant l'ordre des successions comme des *statuts réels* et range, par exemple, aussi dans cette catégorie les règles du code sur la quotité disponible (art. 913-915), sur la part de l'enfant naturel (art. 757, 908), sur la quotité disponible entre époux (art. 1094, 1098). (Cass. fr., 22 mars 1865, D. P., 1865, 1, 127; Pau, 17 janvier 1872, D. P. 1875, 2, 193; Cass fr., 31 mars 1874, *ibid.*, 1874, 1, 299.)

71. Ces deux systèmes, le premier plus encore que le second, perdent de vue l'idée de l'unité et de l'universalité de la succession, ainsi que celle de la continuation de la personne du défunt. De plus, ils peuvent offrir de grandes difficultés d'application et même conduire, par la diversité des législations et, par suite, de

la proportion purement fortuite entre les meubles et les immeubles composant la succession, à des résultats contraires à l'équité et aux dispositions des lois, dans le ressort desquelles les biens de la succession sont situés. Comment, d'après l'un ou l'autre de ces systèmes, fera-t-on la répartition des dettes? Comme les dettes sont ordinairement mobilières et suivent la personne, il est possible que quelques héritiers recueillent tout l'actif d'une succession, tandis que d'autres en supportent toutes les dettes, si, par exemple, la personne appelée à succéder par la loi du domicile du défunt n'était pas héritière d'après la loi de la situation des immeubles. Ces systèmes ne doivent donc pas être admis.

72. D'après une troisième opinion, la succession *ab intestat* ou testamentaire d'une personne doit être régie par la loi qui règle l'état et la capacité de cette personne; donc, celle du Français ou du Belge, par le code civil; celle de l'étranger, par le droit héréditaire du pays auquel il appartient, quelles que soient la nature ou la situation des biens qui composent la succession. Les lois qui règlent les successions sont des *statuts personnels*, et non, comme on l'a dit, des *statuts réels*.

Cette opinion seule est conforme aux vrais principes; de plus, elle empêche la pluralité des successions et tous les inconvénients des deux premières. (Voy. n° 71.)

Car la succession ou le patrimoine de l'individu est la continuation de la personne même; c'est une personne morale qui a des droits et des obligations; c'est une universalité idéale qui ne peut pas être divisée. Cette personnalité ne peut pas continuer son existence purement abstraite, elle doit avoir des représentants, des continuateurs de la personne du défunt. Or, les lois qui règlent la continuation de la personne doivent être les mêmes que celles qui régissaient l'existence juridique de la personne de son vivant; ces mêmes lois doivent régler sa succession.

Ce système n'est pas contraire à la disposition de l'article 3, alinéa 2, du code civil. Car les lois relatives à la transmission des biens par voie de succession ne sont pas des lois *réelles;* elles n'ont pas pour objet de statuer sur les immeubles individuellement, ni d'établir quels droits on peut avoir sur les immeubles; mais elles ont pour objet le *patrimoine,* l'universalité des biens. Le but des lois sur les successions n'est pas de régler le

sort des biens, mais de régler le sort des personnes qui doivent les recueillir. Or, le législateur indigène n'a aucun intérêt de régler sous ce rapport le sort des étrangers ou de leurs héritiers. Cette opinion est partagée par Zachariæ, *Droit civil,* § 31, n° 4, et par Savigny, *Système du droit romain,* § 375.

Le système que nous soutenons a fait de nouveaux partisans depuis quelque temps. Il est défendu avec beaucoup de développements par M. A. Bertauld, professeur à la faculté de droit de Caen, dans ses *Questions pratiques et doctrinales du code Napoléon* (Paris, 1867), *art.* : Conflit des lois françaises et étrangères, chapitre VII, n° 75-142 *bis;* M. Ernest Dubois, professeur à la faculté de droit de Nancy, dans le *Journal du droit international privé,* de M. Ed. Clunet, t. II, 1875, p. 51-54; M. Charles Antoine, dans son *Traité de la succession légitime et testamentaire* (Paris, 1876), n°s 56 et suiv., surtout au n° 68. Il a été admis par un jugement du tribunal civil du Havre, du 28 août 1872. (*Journal du droit international privé*, 1874, p. 182.)

M. Laurent, t. I, n°s 108-111, dit que cette doctrine est fondée en raison, mais qu'au point de vue de notre droit positif, elle est inadmissible. Le nouveau code civil italien, dispositions préliminaires, article 8, a consacré législativement la règle que « les successions sont régies par la loi nationale du défunt, de quelque nature que soient les biens et dans quelque pays qu'ils se trouvent ».

73. De même que l'application en France de statuts *personnels* étrangers, l'application des lois étrangères réglant les successions devrait être limitée par les dispositions d'ordre public en vigueur en France (*suprà,* n° 65). Ainsi, par exemple, on ne pourrait pas exécuter en France les dispositions des lois étrangères ou des testaments étrangers, qui auraient pour résultat d'établir des fidéicommis ou des fiefs sur des immeubles situés en France. Ce serait créer sur les immeubles français des droits dont la législation francaise défend l'existence.

3. DE LA FORME DES ACTES JURIDIQUES.

74. L'article 5 du projet du code soumis à la discussion portait : « La forme des actes est réglée par les lois du pays dans

lequel ils sont faits ou passés. » Cette disposition ne fut pas reçue dans le code, non pas parce que le législateur n'en adoptait pas le principe, mais pour des motifs de rédaction, et parce qu'elle pouvait prêter à une confusion entre la forme *extrinsèque* et les conditions *intrinsèques* de validité d'un acte. (Locré, t. I, p. 433 et 478; Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 6, n° 8; t. XVIII, p. 440.) Ce qui pouvait donner lieu à cette confusion, c'était la terminologie de quelques jurisconsultes, qui appliquaient improprement le terme de *formes* ou de *formalités* à quatre éléments distincts d'un acte, en parlant : 1° des formalités *habilitantes*, par lesquelles ils entendaient la capacité de la personne (voy. *suprà*, nos 61-65); 2° des formalités *intrinsèques* ou des conditions matérielles de validité d'un acte; 3° des formalités *extrinsèques* ou *probantes*, et 4° des formalités d'*exécution*, qui appartiennent à la procédure. Ici il ne s'agit que des formalités *extrinsèques* de l'acte.

75. On peut distinguer deux espèces de formalités extrinsèques : les unes, qui sont des conditions *substantielles* de la validité de l'acte et sans lesquelles l'acte serait nul, par exemple, la forme des actes notariés pour les contrats de mariage; les autres, qui sont les instruments de *preuve*, par exemple, l'acte authentique ou sous seing privé d'une vente. Elles sont régies par le même principe.

La forme extérieure des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils ont été faits ou passés. *Locus regit actum*. Les actes passés en pays étranger dans la forme usitée dans ce pays sont valables en France. Le code n'énonce pas cette règle d'une manière générale, mais il l'applique aux actes les plus importants, aux actes de l'état civil en général, au mariage et aux testaments. (Art. 47, 170 et 999.)

76. Suivant quelques jurisconsultes, la règle qui précède ne s'applique qu'aux actes *publics* étrangers; c'est-à-dire un acte juridique qui, en France, ne peut être passé que dans la forme authentique, doit aussi être fait authentiquement en pays étranger. (Duranton, t. I, n° 91.) Cette distinction est contraire au principe sur lequel est fondée la règle *Locus regit actum*. Elle ne peut être admise que dans les cas où elle est commandée par une disposition spéciale de la loi, comme, par exemple, celle de l'article 77 et celle de l'article II, 2 additionnel de la loi belge

sur les hypothèques, du 16 décembre 1851. (Demolombe, I, (nº 106.)

V. DE L'EFFET DES LOIS SUR LA LIBERTÉ DE CONTRACTER ET DE DISPOSER DE LEURS BIENS. (C. civ., art. 6; l. 6, C. *De pactis*, 2, 3; Fr. 54, D. *De reg. juris*, 50, 17.)

77. La loi ou la volonté générale est au-dessus des volontés individuelles; elle peut soumettre à certaines restrictions la liberté des particuliers de régler leurs intérêts. « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » (art. 6).

Parmi ces lois il faut comprendre toutes celles qui font partie du droit public, par exemple, les lois constitutionnelles, les lois organiques; celles qui règlent l'administration publique, les lois pénales, de sûreté et de police. Les particuliers ne pouvant pas établir du droit public ne peuvent pas non plus y déroger.

Mais il y a aussi des dispositions du droit civil qui, sans contenir du *droit* public proprement dit, sont fondées sur des raisons politiques, sociales ou de moralité. Le législateur n'a pas expressément signalé ces dispositions; c'est à la science et à la jurisprudence de les déterminer.

On ne peut pas déroger non plus par convention particulière aux dispositions légales qui ont pour objet de garantir les droits des tiers, par exemple, on ne pourrait pas convenir qu'un acte sous seing privé, non enregistré, ferait foi de sa date à l'égard des tiers (art. 1328).

VI. DE L'APPLICATION DES LOIS PAR LE JUGE (art. 4, 5).

78. La loi proclame des règles générales; elle ne peut pas prévoir tous les cas particuliers qui peuvent se présenter. Le juge doit néanmoins statuer sur toutes les contestations qui lui sont soumises. « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (art. 4). Il y a déni de justice lorsque le juge, à ce légalement requis, refuse de répondre les requêtes ou néglige de juger les affaires en état

et en tour d'être jugées. (C. de proc., art. 506-508.) Le déni de justice est un délit qui peut être puni d'une amende de 200 francs à 500 francs et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt. (C. pén., art. 185; C. pén. belge, art. 258.)

79. Le juge ne peut statuer que sur la contestation dont il est saisi. « Il est défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises » (art. 5). Le juge contrevient à cette règle lorsque, en jugeant le cas particulier qui lui est soumis, il déclare qu'à l'avenir il jugera de la même manière tous les faits identiques.

Les tribunaux peuvent faire, sous l'approbation du gouvernement, des règlements pour le service intérieur et le service des audiences. (L. du 27 ventôse an VIII, art. 16.)

80. Il y a entre les articles 4 et 5 du code civil une connexité d'origine. Les anciens parlements de France ne se bornaient pas à l'exercice du pouvoir judiciaire; ils faisaient, dans les assemblées de toutes les chambres réunies, des *règlements* sur la procédure et sur des questions de droit civil et canonique. Ces décisions étaient appelées *arrêts de règlement*. Les arrêts de règlement, qui étaient censés faits sous le bon plaisir du roi, tenaient lieu de loi dans tous les tribunaux du ressort du parlement aussi longtemps que le roi n'avait pas ordonné le contraire. Cette pratique des parlements était fondée sur une ancienne possession et sur les mêmes titres que le droit qu'ils exerçaient d'*enregistrer les lois*. Cet empiétement de l'autorité judiciaire sur le pouvoir législatif était contraire au principe de la *division des pouvoirs* qui est la base de tout le droit public moderne de la France et de la Belgique.

La constitution du 3 septembre 1791, tit. III, chap. V, art. 3, défendait aux tribunaux de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif. Déjà la loi sur l'*organisation judiciaire* des 16-24 août 1790, tit. II, art. 12, avait dit : « Les tribunaux ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. »

Cette disposition, qui avait principalement pour but de proscrire les anciens arrêts de règlement, et non de *défendre* aux

tribunaux d'interpréter les lois, donnait lieu à un autre abus. Souvent, si le cas n'était pas prévu par la loi, ou si la loi existante paraissait obscure aux juges, au lieu de décider la contestation, ils renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif. Les articles 4 et 5 du code civil préviennent ces deux abus : le premier, les référés au pouvoir législatif; le second, les arrêts de règlement.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

DES PERSONNES ET DE L'ÉTAT DES PERSONNES EN GÉNÉRAL.

81. Dans le sens juridique, une *personne* est un sujet de droits; c'est-à-dire un être capable d'avoir des droits et des obligations.

Les personnes sont *physiques* ou *morales* (juridiques, civiles, mystiques), suivant que leur existence est établie par la nature, ou par une fiction de la loi ou une abstraction juridique.

L'homme est la seule personne *physique*. La loi *seule*, ou bien le pouvoir exécutif en vertu d'une loi, peut créer des personnes morales (Brux. 3 et 14 août 1846, P. 1847, 157 et 162; Cass. 6 mai 1859, P. 1859, 204; Brux. 4 août et 13 mai 1861, P. 1861, 123 et 191; Cass., 17 mai 1862, P. 1862, 274).

Les personnes *morales* sont : 1° l'Etat; 2° en Belgique, les provinces; 3° les communes; 4° les sociétés commerciales et industrielles anonymes dûment autorisées par le gouvernement (C. de comm., art. 37). D'après la loi belge du 18 mai 1873 sur les *sociétés*, faisant partie du nouveau code de commerce, l'autorisation du gouvernement n'est plus nécessaire. La société anonyme a personnalité, si elle a été constituée conformément aux articles 26-34 de cette loi.

En **France**, il en est de même d'après les lois des 23-29 mai 1863 et 24-29 juillet 1867. (Voy. *suprà*, n° 65.)

5° Les établissements d'utilité publique dont la personnalité a été reconnue par la loi ou en vertu de la loi, savoir :

a. Les hospices (loi du 16 vendémiaire an v); *b.* les bureaux de bienfaisance (loi du 7 frimaire an v); *c.* les séminaires des

évêchés (loi du 23 ventôse an XII); *d.* les fabriques d'église (loi du 18 germinal an X; décret du 30 décembre 1809); *e.* certaines communautés religieuses peuvent être autorisées par arrêté du gouvernement à former une personne civile en vertu des décrets du 3 messidor an XII et du 18 février 1809; *f.* les sociétés de secours mutuel régulièrement autorisées par arrêté royal en vertu de la loi belge du 3 avril 1851 (Cass. 18 juin 1868, B. J., t. 26 833; P. 1868, 475); *g.* les sociétés ayant pour objet la construction, l'achat, la vente et la location d'habitations destinées aux classes ouvrières, dont les statuts auront été *homologués* par le gouvernement, ont le caractère de sociétés anonymes, d'après la loi belge du 20 juin 1867 (*Moniteur* du 2 juillet 1867).

En **France**, outre celles indiquées aux n°s 1, 3, 4, 5, lettres *a, b, c, d, e,* sont personnes morales :

1° Les départements (L. du 10 août 1871); 2° les sociétés à responsabilité limitée, formées sans autorisation du gouvernement, mais conformément aux lois des 23 mai 1863 et 24 juillet 1867; 3° les évêchés (avis du conseil d'État du 13 mai 1874, D. P., 1875, 3, 86; *Rép.*, v° *Culte,* n° 142); 4° les consistoires des protestants, ceux des israélites et les conseils presbytériens des réformés (avis du conseil d'État des 6 mars et 24 juillet 1873, D. P., 1873, 3, 97 et 98); 5° les universités libres et les associations formées dans un dessein d'enseignement supérieur, si elles ont été déclarées établissements d'utilité publique. (L. des 12-27 juillet 1875, art. 11; D. P., 1875, 4, 137.)

Les droits civils des personnes morales sont exercés par leurs représentants légaux. (C. civ., art. 937, 940.)

Les rapports juridiques qui peuvent exister entre une personne morale et des tiers sont régis par les principes généraux du droit civil, comme les rapports des particuliers entre eux (art. 2227), sauf les exceptions spéciales établies par la loi, par exemple, art. 619, 910, 1712, 2045.

82. L'*état juridique* (*status*) d'une personne, en sens littéral, est la situation de la personne par rapport au droit, ou, plus spécialement, sa capacité de jouir ou d'exercer des droits, sa capacité juridique.

En appliquant cette définition aux différentes espèces de droits on peut distinguer :

1° L'état *civil* ou la capacité de jouir ou d'exercer des droits civils ou privés;

2° L'état *politique* ou la capacité d'exercer des droits politiques, c'est-à-dire de participer à l'établissement et à l'exercice des pouvoirs politiques de l'État.

En sens restreint, le code appelle *état civil* l'état de famille (*status familiæ*), ou l'ensemble des rapports de famille existant entre une personne et d'autres personnes. (Voy., *infrà*, n° 131.)

83. Il faut distinguer la *jouissance* et l'*exercice* des droits civils. La jouissance, c'est l'*investiture;* l'exercice, c'est la *pratique* de ces droits. Ceux qui ont la capacité de *jouir* des droits civils peuvent momentanément et pour des motifs particuliers, par exemple pour cause de minorité ou d'interdiction, être incapables de les *exercer* par eux-mêmes, et se trouver dans la nécessité de les laisser exercer par des représentants. Le code emploie ces termes synonymement, par exemple, dans l'article 7.

Le code emploie les termes *capacité* et *capables* quelquefois par rapport à la *jouissance* des droits civils, par exemple, dans les articles 25, 725, 906, 911, 1840; plus souvent par rapport au simple *exercice* des droits civils, par exemple, dans les articles 1108, 1123-1125, 1238, 1241, 1272, 2045, 2142.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

(Art. 7-33.)

CHAPITRE I.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

INTRODUCTION.

84. La jouissance des droits civils est indépendante de la jouissance et de l'exercice des droits politiques, ou de la qualité de citoyen (n° 82) (C. civ., art. 7; Const. belge, art. 4). La législ-

lation française appelle *citoyen* le Français capable d'exercer des droits politiques. Cette dénomination n'est pas reçue dans le droit public belge.

Tout Français jouit des droits civils, peu importe qu'il ait la jouissance des droits politiques ou non (art. 8), sauf les exceptions en cas de condamnation (voy. *infrà*, n[os] 129 et 130). Mais il ne faut pas *nécessairement* être Français pour jouir des droits civils en France; les étrangers aussi peuvent y avoir la jouissance des droits civils.

I. DES FRANÇAIS.

85. On peut acquérir la qualité de Français *A*. par la naissance; *B*. par la naturalisation; *C*. par l'effet d'une disposition spéciale de la loi; *D*. par la réunion d'un pays à la France, soit par conquête, soit en vertu de traités internationaux.

A. *Des Français de naissance.*

86. D'après le droit en vigueur dans presque toute l'Europe pendant le moyen âge et jusqu'à la révolution française, la nationalité était déterminée par le *lieu de naissance*, par le *sol*. « Les vrais ou naturels français, suivant la définition de Bacquot, sont ceux qui naissent dans l'étendue de la domination française, et ceux qui sont nés dans les colonies » dit Pothier, *des Personnes*, titre II, section 1[re]. Le code civil est revenu au principe du droit romain, qui attribue la nationalité au *sang* ou à la famille.

Sont Français par la naissance :

1° Les enfants légitimes nés, même en pays étrangers, ou conçus de parents français ou d'un père français (art. 10, alinéa 1). Car l'enfant légitime suit la condition de son père. (Fr. 19, D. *De statu hominum*, 1, 5.)

On peut s'étonner que le code ne s'occupe pas des Français nés *en France* de *parents français*. Cette omission est le résultat de la discussion assez confuse et du remaniement des articles 1[er] et 2 du projet soumis au conseil d'État. L'article 1[er] portait que toute personne *née d'un Français et en France* jouit des droits civils, etc. Par suite de ce remaniement, on aurait dû supprimer

dans l'alinéa 1er de l'article 10, les mots *en pays étranger*, qui sont inutiles. Il suit de la règle qui vient d'être énoncée : *a*. que l'enfant de l'étranger naturalisé, mais dont la femme n'a pas été naturalisée, est Français s'il a été *conçu* après la naturalisation de son père; *b*. que l'enfant *conçu* avant que son père ait perdu sa qualité de Français est Français (arg., art. 725, 906). *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur* (fr. 7, D. *De statu hominum*, 1, 5). Pour juger la nationalité d'après l'époque de la conception, il faut admettre, conformément aux articles 312 et 315, que la gestation la plus courte est de 180 jours, et la gestation la plus longue de 300 jours.

2° L'enfant naturel né d'une mère française et d'un père inconnu. Il suit la condition de sa mère, comme en droit romain (fr. 19 et 24, D. *De statu hominum*, 1, 5). (V. *Locré*, t. II, p. 34, 39.) Cette règle était suivie dans l'ancien droit français en ce qui concernait la liberté ou le servage. « *Naturellement les enfants nés hors mariage suivent la condition de leur mère*, » dit Loysel, n° 41.

3° L'enfant naturel reconnu par un Français, peu importe que sa mère soit française ou étrangère (arg., art. 10, alinéa 1). Car la loi française établit entre l'enfant et le père qui l'a reconnu un rapport juridique, qui est un rapport d'état et de capacité. Le père acquiert la puissance paternelle sur cet enfant. (Art. 158, 383; arg., art. 3, alinéa 3; Metz, 8 août 1857, D. P., 1857, 2, 34 et la note; Cass. fr., 22 décembre 1874, D. P., 1875, 1, 316.)

Par la même raison, on doit considérer comme étranger l'enfant naturel d'une Française reconnu par son père étranger, à moins que la législation qui régit le père n'en dispose autrement. Quelques jurisconsultes considèrent cet enfant dans tous les cas comme Français. (Demolombe, I, n° 124.)

4° D'après la plupart des jurisconsultes, l'enfant trouvé ou né en France de père et mère inconnus. Son lieu de naissance établit une présomption de nationalité. (Bruxelles, 29 décembre 1877, B. J., t. 36, p. 69; Laurent, t. I, n° 86.) On peut invoquer à l'appui de cette thèse : 1° l'ancien droit, qui attachait la nationalité au lieu de naissance; 2° le décret impérial du 19 janvier 1811 sur les enfants trouvés et abandonnés, qui sont mis à la disposition du ministre de la marine et soumis à la conscription (art. 16 et 19).

B. *De la naturalisation.*

87. En **France**, la naturalisation des étrangers est aujourd'hui régie par la loi des 3-11 décembre 1849, modifiée par celle du 29 juin 1867. Les décrets des 26 octobre et 19 novembre 1870 se rapportent à la naturalisation exceptionnelle des étrangers qui ont alors pris part à la guerre pour la défense de la France.

C'est le président de la république qui statue sur les demandes en naturalisation, après enquête sur la moralité de l'étranger et le conseil d'État entendu. Pour pouvoir être naturalisé, il faut que l'étranger, âgé de plus de vingt et un an accomplis, ait, conformément à l'article 13 du code civil, obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, et qu'il y ait résidé pendant trois années, à partir du jour où la demande d'autorisation aura été enregistrée au ministère de la justice. Le délai de trois ans peut être réduit à une seule année en faveur des étrangers qui ont rendu à la France des services importants, qui ont introduit en France soit une industrie, soit des inventions utiles, qui y ont apporté des talents distingués, qui y ont formé de grands établissements ou créé de grandes exploitations agricoles.

La naturalisation confère la jouissance de tous les droits de citoyen français.

88. En **Belgique**, « la naturalisation est accordée par le pouvoir législatif » (Const. belge, art. 5). Elle est réglée par cet article et par la loi du 27 septembre 1835.

La loi distingue la *grande* naturalisation et la naturalisation *ordinaire*. L'une comme l'autre confère à l'étranger naturalisé la jouissance de tous les droits civils attachés à la qualité de Belge. Elles ne diffèrent que par les droits politiques qu'elles attribuent au naturalisé.

89. Les conditions requises pour obtenir la naturalisation *ordinaire* sont : 1° d'avoir accompli sa vingt et unième année; 2° d'avoir résidé pendant cinq ans en Belgique. (L. citée, art. 5.)

Pour obtenir la *grande* naturalisation, il faut avoir rendu des services éminents à la Belgique (art. 2); mais la loi n'exige aucune condition d'âge ni de résidence préalable. Par exception à cette règle, la grande naturalisation peut être accordée sans la condition des services rendus à la Belgique : 1° à ceux qui ont perdu

la qualité de Belge par suite de l'article 21 du code civil, en prenant, sans l'autorisation du gouvernement, du service militaire chez l'étranger. Aujourd'hui le service militaire chez l'étranger n'entraîne plus la perte de la qualité de Belge (voy. *infrà*, n° 124); 2° aux individus habitant le royaume, nés en Belgique, de parents y domiciliés, et qui auraient négligé de faire la déclaration prescrite par l'article 9 du code civil (même loi art. 2). Toutefois, cette disposition n'a porté aucune atteinte aux droits acquis par les habitants nés dans le royaume de parents y domiciliés, auxquels l'indigénat appartient en vertu de l'article 8 de la loi fondamentale du 24 août 1815 (voy. *infrà*, n° 100). A l'époque où la loi du 27 septembre 1835 fut discutée, on n'était pas encore fixé sur le sens quelque peu obscur de l'article 8 de la loi fondamentale de 1815. Depuis lors, une jurisprudence constante l'a fixé (voy. n° 100); 3° aux étrangers qui, se trouvant dans l'hypothèse prévue par l'article 133 de la Constitution belge, ont été, par des circonstances indépendantes de leur volonté, empêchés de faire, dans le délai voulu, la déclaration prescrite par ce même article (art. 16); 4° les enfants et descendants majeurs d'un père qui a obtenu la grande naturalisation pour services éminents rendus à l'Etat (art. 4, alinéa 2); 5° en vertu de la loi du 20 mai 1845, aux habitants des parties cédées du Limbourg et du Luxembourg, qui, ayant transféré leur domicile dans une commune belge avant l'expiration du délai fixé par l'article 1er de la loi du 4 juin 1839, et l'ayant conservé depuis, ont négligé de faire leur déclaration, pourvu que, dans les trois mois à partir de la publication de cette loi, ils aient fait la déclaration prescrite par l'article 1er de la loi du 4 juin 1839 (voy. *infrà*, n° 104); 6° à toute personne née dans les parties cédées du Limbourg ou du Luxembourg de parents qui, durant sa minorité, ont fait la déclaration prescrite par la loi du 4 juin 1839, si elle n'a perdu la qualité de Belge que pour n'avoir point fait elle-même, en temps opportun, la déclaration exigée par cette loi. (Loi du 30 décembre 1853, art. 2.)

90. Dans les trois mois à compter de la date de la sanction royale de l'acte de naturalisation, dont une expédition doit être délivrée par le ministre de la justice à l'impétrant, ce dernier doit faire, sous peine de déchéance, devant le bourgmestre du

lieu de son domicile ou de sa résidence la déclaration qu'il accepte la naturalisation. Cette déclaration ne sera reçue qu'après le payement du droit d'enregistrement auquel les naturalisations sont soumises, et l'acte de naturalisation même ne sera inséré au *Moniteur* qu'après la déclaration d'acceptation. (Même loi, articles 9-13; loi du 15 février 1844, art. 1-4.) La naturalisation ne produit son effet qu'à dater du jour où les lois deviennent obligatoires après leur insertion au *Moniteur*, et non à partir du jour de la demande. (*Suprà*, n° 33; Paris, 7 juillet 1865, B. J., t. 23, 979.) La loi du 30 décembre 1853 exempte du droit d'enregistrement les habitants des parties cédées du Limbourg et du Luxembourg nés avant le 4 juin 1839, qui, ayant omis de faire la déclaration nécessaire pour rester Belges, ont obtenu la naturalisation. (Cass., 2 juillet 1857, B. J., t. 15, 1089, Dutilleul, c. Lorette; P. 1857, 416, qui donne à cet arrêt la date du 25 juin.)

91. La naturalisation confère à celui qui l'a obtenue un droit purement individuel. Ainsi, celle accordée au mari ou au père ne s'étend pas à sa femme ni à ses enfants déjà nés, quand même ils seraient mineurs. (Cass., 5 juillet 1842, P., 1842, 265; Demolombe, I, n° 175.)

Toutefois, d'après l'article 4, alinéa 1er, de la loi du 27 septembre 1835, les enfants mineurs du père naturalisé en Belgique, nés avant la naturalisation, peuvent acquérir la qualité de Belge en faisant, dans l'année de leur majorité, la déclaration prescrite par l'article 10 du code civil, devant l'autorité communale du lieu où ils ont leur domicile ou leur résidence.

Par *majorité*, dans cet article, il faut entendre celle de la loi qui régit la personne de l'étranger; car jusqu'à sa déclaration, il est soumis à cette loi. Cela résulte aussi de ce que l'article 4, alinéa 1er, renvoie à l'article 10 et non à l'article 9 du code civil.

C. *Des Français par l'effet de la loi.*

92. Nous distinguons les dispositions du code civil, en vertu desquelles un étranger peut acquérir la qualité de Français, et les lois spéciales à la Belgique sur la même matière.

1. DISPOSITIONS DU CODE CIVIL.

93. 1° « Tout individu né, en France, d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français » (art. 9). D'après le droit romain, la nationalité de l'enfant était déterminée par celle du père. (Fr. 6, § 1, D., *Ad municipalem et de incolis*, 50, 1.) D'après un ancien usage, l'enfant né en France, même de parents étrangers, était réputé regnicole. (Locré, II, p. 35.) Le même usage était suivi dans les anciennes provinces des Pays-Bas. (Defacqz, *Ancien droit belgique*, I, p. 233, 1°; Cass. B., 9 avril 1877, P., 1877, 184.)

Sur la proposition du premier consul, le conseil d'État avait d'abord adopté une disposition ainsi conçue : « Tout individu né en France, est Français ».(Locré, II, p. 35, 58, 59.)Par suite des conférences avec la section du Tribunat, elle fut modifiée et devint l'article 9 du code. Le législateur a considéré que le hasard de la naissance ne devait pas priver l'enfant de la nationalité de son père, et ne devait pas lui donner la qualité de Français malgré lui. (Locré, II, p. 249, 281, 337-339.)

94. L'individu né en France peut donc être Français s'il le veut. Pour réclamer la qualité de Français, il faut que, dans le cas où il réside en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission (art. 9).

La loi ne prescrit pas la manière dont cette déclaration de fixer son domicile en France doit être faite; elle peut donc se faire à la municipalité du lieu même où le déclarant veut fixer son domicile réel. (Arg., art. 104 du code civil.)

Lorsque la personne qui peut invoquer cet article réside en pays étranger, la *soumission de fixer en France* son domicile peut s'opérer par une déclaration faite, soit au gouvernement ou à l'agent diplomatique de la France résidant en pays étranger, soit à la commune où le déclarant veut s'établir.

Pour la **Belgique**, une circulaire du ministre de l'intérieur du 8 juin 1836 prescrit que la déclaration mentionnée dans l'article 9

du code civil doit être reçue par l'autorité communale qui a dressé l'acte de naissance de l'enfant qui réclame le bénéfice de cet article. (*Pasinomie*, 3e série, t. VI, p. 423.)

La disposition de l'article 9 s'applique aussi à l'enfant naturel né en France. Mais elle ne s'applique pas à l'individu qui prétendrait être conçu en France, parce qu'il est trop difficile d'établir l'époque de la conception et de la mettre en rapport avec un simple séjour en France.

En **France,** l'article 9 a été modifié par les lois des 7 février 1851, art. 1er, et 16 décembre 1874, art. 1er. D'après ces lois, l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, est Français, *à moins que* dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, *il ne réclame la qualité d'étranger* par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques et consulaires de France à l'étranger, et qu'il ne justifie avoir conservé sa nationalité d'origine par une attestation en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée à sa déclaration. Cette déclaration pourra être faite par procuration spéciale et authentique.

De plus, l'article 2 de la loi du 7 février 1851 étend l'application de l'article 9 aux enfants de l'étranger naturalisé, quoique nés en pays étranger, s'ils étaient mineurs lors de la naturalisation, ainsi qu'aux enfants déjà majeurs à cette époque, nés en France ou à l'étranger. Ces derniers doivent faire leur déclaration dans l'année qui suivra l'époque de la naturalisation de leur père.

95. L'individu né en France doit faire sa déclaration dans l'année qui suit sa majorité, c'est-à-dire la majorité d'après la loi française, donc avant l'accomplissement de sa vingt-deuxième année, parce qu'il est Français. (Voy. no 96, et Duranton, I, no 129; Brux., 21 janvier et 11 mars 1878; P., 1878, 117; Liége, 7 et 13 mars 1878, P., 1878, 136; Cass. B., 6 et 19 février et 8 avril 1878, B. J., t. 36, 114, 403, 321, 472. En sens contraire : deux arrêts de Brux. de la 2e chambre, du 3 janvier 1878, B. J., t. 36, 67 et 134 et les notes; P., 1878, 117, et Valette, *Cours de droit civil*, p. 48.)

La question se rattache à celle traitée au numéro suivant. Car, en admettant l'effet rétroactif de la déclaration, il faut nécessai-

rement adopter la solution que nous venons de donner. Mais, même indépendamment de la rétroactivité, il résulte de l'article 2 de la constitution du 22 frimaire an VIII que la majorité de l'article 9 est celle de la loi française. Car, d'après cet article, tout homme né et résidant en France pouvait devenir *citoyen français* en se faisant inscrire, à l'âge de vingt et un ans accomplis, sur le registre de son arrondissement communal. Le code n'a pas aboli cet article. L'opinion que nous combattons admettrait donc que l'enfant *encore étranger*, d'après l'article 9 du code civil, pût être *citoyen francais* d'après la constitution. Ce serait une contradiction.

En **France**, l'article 9 du code a été modifié par la loi du 22 mars 1849, en ce sens que l'individu né en France d'un étranger est admis, même *après l'année qui suivra sa majorité*, à faire sa déclaration, s'il se trouve dans une des conditions suivantes : 1° s'il sert ou s'il a servi dans les armées françaises de terre ou de mer; 2° s'il a satisfait à la loi du recrutement sans exciper de son extranéité.

96. Les auteurs sont divisés sur les effets de la déclaration faite en vertu de l'article 9. Suivant les uns, la naissance sur le sol français donne la qualité de regnicole sous une condition résolutoire; celui qui fait la déclaration prescrite conserve cette qualité et l'a toujours eue; celui qui ne fait pas la déclaration est censé n'avoir jamais été Français. (Toullier, t. I, 271.) D'autres datent les effets de la déclaration à partir du moment où elle a été faite. (Demolombe, t. I, n° 163, Brux., 19 février 1878, B. J., t. 36, 309.) La première opinion est préférable, d'abord, à cause de l'ancien droit et de ce qui a été dit dans les discussions; et puis, parce que l'article 20, en disposant que les individus qui se trouvent dans les cas prévus par les articles 10, 18 et 19 ne peuvent se prévaloir de la qualité de Français qu'*après* l'accomplissement des conditions prescrites, ne fait pas mention de l'article 9. Pour l'ancien droit, voy. Pothier, *Traité des successions*, chap. I, sect. 2, art. 2, § 2. Sous le code civil, voyez dans le même sens Fétis, dans *la Belgique judiciaire*, t. 18, p. 65, et Valette, *Cours de droit civil*, p. 47, 48. Cass. fr., 19 juillet 1848, D.P., 1848, t. 1, 129. Mais M. Valette dit que provisoirement, et jusqu'à la déclaration, l'enfant doit être traité comme étranger, et il cite à

l'appui les lois spéciales de la France, les lois sur la milice. (Voy. p. 46.)

En **Belgique** aussi, où la question présente un intérêt spécial au point de vue de la milice, l'enfant est provisoirement traité comme étranger. « L'étranger qui, étant tenu envers un pays quelconque des obligations imposées par des lois de recrutement, acquerra la qualité de Belge sans avoir rempli ces obligations, devra se faire inscrire dans l'année où il obtiendra cette qualité (donc aussi dans le cas où il l'obtiendra par la déclaration), s'il n'a pas vingt-trois ans accomplis avant la fin de cette année. » (L. belge du 3 juin 1870, sur la milice, art. 6.)

97. 2° « Tout enfant né, en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra *toujours* recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'article 9 » (art. 10, alinéa 2, n° 94).

Cette disposition s'applique aussi à l'enfant né, *en France*, d'un Français qui a perdu cette qualité. Cet enfant peut invoquer le bénéfice de l'article 9 et le bénéfice de l'article 10, alinéa 2.

L'article 10, alinéa 2, s'applique aussi à l'enfant d'une femme française qui a perdu sa qualité de Française en épousant un étranger. Car le terme *Français* comprend aussi la *Française*, et les motifs de la loi sont les mêmes pour l'un et pour l'autre. (Arg., art. 19; Demolombe, t. I, n° 169; Laurent, t. I, 344; Brux., 14 décembre 1871, P., 1872, 43. En sens contraire, Brux., 19 janvier, et Gand, 9 avril 1874, P., 1874, 36, 186; Cass. B., 24 février 1874, P., 1874, 130.)

98. L'individu qui a recouvré la qualité de Français, en vertu de l'article 10, alinéa 2, ne peut s'en prévaloir qu'*après avoir fait la déclaration* prescrite par cet article, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à son profit depuis cette époque. Jusqu'à ce moment, il est étranger (art. 20).

99. 3° « L'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari (art. 12).

2. DES LOIS SPÉCIALES A LA BELGIQUE.

100. Sont réputés Belges par l'effet de la loi :

1° Les personnes qui, avant la publication de la loi fondamentale du 24 août 1815, étaient nées sur le territoire formant

aujourd'hui la Belgique, de parents, même étrangers, y domiciliés, et qui, au moment de la publication de la loi fondamentale, étaient encore habitants de ce royaume. (Loi fond., art. 8; Cass., 16 juin 1836; Brux., 7 février 1838; Cass., 12 nov. 1839.)

2° Les personnes nées sous l'empire de la loi fondamentale du 24 août 1815, sur le territoire formant aujourd'hui la Belgique, de parents, même étrangers, qui y étaient domiciliés. (Loi fond., art. 8; Liége, 13 mars 1857, B. J., t. 15, 1577; P., 1857, 203; Cass., 30 décembre 1867, P., 1868, 186; 24 février 1874, P., 1874, 121; 11 juin 1877, *ibid.*, 1877, 253.)

Les personnes se trouvant dans les cas prévus sous les nos 1 et 2 n'étaient pas soumises à la déclaration prescrite par l'article 9 du code civil. Mais l'article 9 était toujours applicable aux enfants nés en Belgique, et dont les parents n'y avaient qu'un séjour passager, sans domicile fixe. (Gand, 27 sept. 1861, P., 1861, 382.)

101. 3° Les étrangers établis en Belgique avant le 1er janvier 1814, et qui ont continué d'y être domiciliés, pourvu que, dans les six mois à dater de la mise en vigueur de la Constitution belge, ou dans l'année qui a suivi leur majorité, ils aient déclaré que leur intention était d'accepter la qualité de Belge. (Const. belge, art. 133.) Le délai pour profiter de cette disposition est expiré le 26 août 1831, la Constitution étant devenue obligatoire à partir du 26 février 1831.

Les étrangers tombant sous cette catégorie n'avaient pas obtenu l'indigénat par l'article 10 de l'arrêté du gouvernement provisoire du 10 octobre 1830, qui déclare éligibles au Congrès national tous les étrangers qui avaient établi leur domicile en Belgique avant la formation du royaume des Pays-Bas, et qui ont continué d'y résider. Cette disposition, d'une portée purement transitoire, n'a pas changé la nationalité de ceux qu'elle concernait. (Cass., 1er septembre 1836.)

102. 4° Les individus qui, à l'époque du 30 novembre 1815, étaient domiciliés depuis dix ans accomplis, mais qui n'étaient pas nés dans les communes détachées de la France et réunies au royaume des Pays-Bas par le traité de Paris du 30 novembre 1815, autres que celles ayant fait partie des neuf départements réunis, s'ils ont continué d'y résider, et pourvu qu'ils aient fait dans le

délai d'un an, à partir de la mise en vigueur de la loi du 27 septembre 1835, la même déclaration que celle requise pour l'acceptation de la naturalisation. (Voy. n° 90, et loi du 27 septembre 1835, art. 14.)

103. 5° Les habitants des provinces septentrionales (formant aujourd'hui la Hollande) de l'ancien royaume des Pays-Bas, qui étaient domiciliés ou qui sont venus demeurer en Belgique avant le 7 février 1831, et qui ont depuis lors continué d'y résider, sont considérés comme Belges, pourvu que, dans les six mois à compter du jour de la publication de la loi du 22 septembre 1835, ils aient déclaré, dans la forme prescrite par l'article 133 de la Constitution belge, que leur intention était de jouir du bénéfice de cette loi. (L. du 22 sept. 1835, art. 1, n° 2; art. 2.) Cette déclaration a un effet rétroactif. Donc, l'enfant né hors de Belgique d'un habitant des Pays-Bas, qui a fait cette déclaration, est Belge, quoique la déclaration du père soit postérieure à sa naissance. (Cass. B., 19 juin 1865, aff. Hymans; P., 1865, 380; B. J., t. 23, 757 et la note.)

Lorsqu'un État s'est décomposé en plusieurs autres, la nationalité des individus qui étaient membres de cet État est déterminée par le territoire sur lequel ils sont nés. La loi du 22 septembre 1835 a modifié ce principe.

104. 6° Mais les étrangers qui, sous le royaume des Pays-Bas, avaient obtenu l'indigénat par la *naturalisation* n'appartenaient, après la séparation des deux pays, par la naissance, ni à la Belgique, ni à la Hollande. En vertu de leur naturalisation, ils pouvaient réclamer l'indigénat dans les deux pays. L'article 15 de la loi du 27 septembre 1835 régularise leur position en prescrivant que les étrangers ne jouiront en Belgique des droits que la naturalisation leur avait conférés, qu'autant qu'ils y étaient domiciliés au 1er décembre 1830, et qu'ils y ont depuis lors conservé leur domicile.

105. 7° Les habitants des parties cédées des provinces de Limbourg et de Luxembourg par le traité du 19 avril 1839 ont *conservé* leur qualité de Belge si, dans les quatre années qui ont suivi le jour de l'échange des ratifications de ce traité, 8 juin 1838, ils ont transféré leur domicile dans une commune belge et déclaré que leur intention était de conserver leur qualité de Belge. (Loi du 4 juin 839.)

Cette loi a fait naître plusieurs questions.

I. La déclaration dont il s'agit a-t-elle un effet rétroactif?

A. Pour la personne qui l'a faite? Oui. Le déclarant a *conservé* la qualité de Belge; il est resté Belge pendant tout le temps qui lui a été donné pour faire sa déclaration, et, si elle a été faite, elle exerce un effet rétroactif; il n'a jamais cessé d'être Belge. Mais tant que la condition dont la loi fait dépendre la conservation de la qualité de Belge n'a pas été accomplie, il n'est pas légalement établi que la personne qui pouvait conserver cette qualité ait voulu la conserver et l'ait conservée; elle n'a donc pu s'en prévaloir qu'après sa déclaration. Ainsi, une personne originaire des parties cédées n'a pu remplir les fonctions de juré à la cour d'assises avant d'avoir fait sa déclaration. (Cass. B., 29 juillet 1840, P., 1840. 446.)

B. Quant à ses enfants mineurs, il y a eu divergence d'opinion. La cour de cassation a toujours jugé qu'en vertu de la rétroactivité de la déclaration, le déclarant n'a jamais cessé d'être Belge, et que, par conséquent, ses enfants, nés pendant le délai de la déclaration, ou même nés avant 1830, sont Belges par leur naissance; ils n'ont dû accomplir aucune formalité pour conserver cette qualité. (Cass., 6 juillet 1863, B. J., t. 21, 997; Liége, 3 janvier 1877, B. J., t. 35, 58; Cass., 29 janv. et 31 déc. 1877, P., 1877, 89, et 1878, 67.) Nous partageons cette opinion.

La loi du 30 décembre 1853 est partie du point de vue que le mineur né, dans les parties cédées, de parents qui, durant sa minorité, ont fait la déclaration, n'en est pas moins tenu de faire lui-même, en temps opportun, semblable déclaration, s'il ne veut pas perdre sa qualité de Belge. (Voy. *suprà*, n° 89.)

II. Les enfants mineurs de ceux qui *n'ont pas fait la déclaration*, ou leurs enfants qui ne sont devenus majeurs qu'après le commencement de la quatrième année, ont pu faire cette déclaration dans l'année qui a suivi leur majorité. (Loi du 4 juin 1839, art. 1er.) En s'abstenant de faire la déclaration et en consentant ainsi à perdre la qualité de Belge, les habitants des parties cédées n'ont pu enlever à leurs enfants une faculté que la loi leur a accordée. (Cass., 31 janvier 1876, P., 1876, 1, 99; Gand, 14 mars 1876, *ibid.*, 2, 111.)

III. Quelle est la nationalité de la personne née, avant 1839,

dans les parties cédées, d'un père originaire belge, mais *habitant* la partie cédée au moment de la cession, si cette personne n'a pas fait la déclaration prescrite par la loi du 4 juin 1839? Cette personne est Belge, parce que son père était Belge. (Voy. n° 86.) La déclaration n'est imposée qu'aux *naturels* ou *originaires* du territoire cédé, qui auraient perdu la qualité de Belge par la cession du territoire et qui ont voulu la conserver, et elle n'est pas imposée aux personnes dont la nationalité, étrangère au territoire cédé, n'a pu être atteinte par la cession. (Liége, 22 janvier, et Cass., 9 mars 1874, P., 1874, 1, 132 et la note.)

IV. Quelle est la nationalité des personnes nées avant 1839 en Belgique ou dans le territoire cédé d'un père originaire de ce pays, mais qui habitaient la Belgique au moment de l'exécution du traité du 19 avril 1839, si ces personnes n'ont pas fait la déclaration prescrite par la loi du 4 juin 1839? En vertu du principe sur lequel repose la solution donnée sous n° III, la nationalité de ces personnes est celle que leur a donnée la filiation, c'est la nationalité de leur père; leur père ayant eu la nationalité néerlandaise (celle de la partie cédée), elles ont conservé la qualité de Néerlandais. (Cass., 31 janvier 1876, P., 1876, 90, et 29 janvier 1877; *ibid.*, 1878, 89, B. J., t. 36, 194.)

Les personnes qui ont fait la déclaration ont conservé la qualité de Belge que la réunion temporaire de ce territoire avec la Belgique leur avait conférée.

Les personnes qui n'ont pas fait la déclaration ne peuvent invoquer l'article 8 de la loi fondamentale de 1815, qui est sans influence sur la nationalité de ceux qui sont, par leur filiation, regnicoles du royaume des Pays-Bas. (Gand, 14 mars 1878, B. J., t. 36, 221; Cass., 26 mars 1878, B. J., t. 36, 529; Liége, 30 janvier et 6 février 1878, trois arrêts, B. J., t. 36, 168-169 et 220.)

Un grand nombre de personnes se trouvant dans le cas qui nous occupe se sont cru dispensées de faire la déclaration, par cela seul qu'elles habitaient la Belgique au moment de l'exécution des traités, et ont vu leur nationalité contestée. Beaucoup de jurisconsultes ont partagé leur opinion. C'est pour régulariser la position de ces personnes que la loi belge du 1er juin 1878, interprétative du premier paragraphe de l'article 1er de la loi du

4 juin 1839, porte que « les personnes nées avant le 8 juin 1839 sur le territoire actuel de Belgique, de parents habitant ce territoire, qui ont perdu la qualité de Belge par suite des traités du 19 avril 1839, conservent cette qualité sans être soumises à la déclaration prescrite par le § 1er ci-dessus mentionné ». (Voy. aussi, sur les questions qui précèdent, l'Exposé des motifs de cette loi.)

V. Les personnes assimilées par la loi aux Belges de naissance, ou ayant obtenu la naturalisation, qui avaient leur domicile dans les parties cédées, ont conservé leur qualité, en se conformant, dans le même délai, aux dispositions de l'article 1er de la même loi (art. 2).

D. *De la réunion d'un pays à la France, soit par conquête, soit en vertu de traités.*

106. Lorsqu'un pays est réuni à la France, soit par la conquête et la déclaration du législateur français, par exemple, par le décret du 9 vendémiaire an IV (1er octobre 1795), article 5, qui réunit la Belgique à la France), soit en vertu d'un traité international, par exemple, du traité du 24 mars 1860, qui réunit la Savoie et Nice à la France, les *nationaux* du pays réuni à la France deviennent Français. Ils cessent de l'être lorsque les choses sont remises dans leur ancien état. (Zachariæ, § 72.)

Mais la réunion n'atteint pas la nationalité des étrangers qui ne sont pas *nés,* mais simplement *domiciliés* ou résidants dans le pays réuni, ou qui y ont un établissement. (Brux., 30 mai 1831; loi du 27 septembre 1835,art. 14; nos 102 et 105, III.)

II. DES ÉTRANGERS.

Introduction historique.

107. A Rome, les étrangers (*peregrini*) n'avaient, dans le principe, aucun droit civil. Le même terme, *hostis,* désignait l'étranger et l'ennemi. On ne leur refusait cependant pas la protection fondée sur l'équité naturelle, sur le *jus gentium*. Mais l'étranger ne pouvait obtenir aucune protection s'il ne s'était mis sous le

patronage d'un citoyen romain. Par suite des nombreuses relations de Rome avec les nations étrangères, les limites du *jus gentium* et de la jouissance des droits accordés aux étrangers furent étendues Le *prætor peregrinus* fut institué. Et depuis que l'empereur Caracalla avait octroyé le droit de cité à tous les sujets libres de l'empire, la distinction entre citoyens et étrangers avait perdu presque toute importance. (Maynz, *Cours de droit romain*, 4me éd., nos 57, 74-77, 156-158, 212 et 213.)

108. Chez les Francs, il y avait, dans le principe, un usage analogue à celui suivi à Rome. A l'époque où le système connu dans l'histoire sous le nom de *système de droits personnels* était en vigueur, l'individu était régi par les lois de son origine, c'est-à-dire, de la peuplade à laquelle il appartenait, quand même il séjournait chez un autre peuple. Mais celui que son origine empêchait d'invoquer en sa faveur une loi personnelle connue, qui le régissait, était sans aucun droit. « Les hommes pensèrent que les étrangers ne leur étant unis par aucune communication du droit civil, ils ne leur devaient, d'un côté, aucune sorte de justice, et, de l'autre, aucune sorte de pitié, » dit Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XXI, chap. XVII). Si l'étranger (*aubain*, *alibi natus*, *albinus* ou *albanus*), qui n'avait pas de loi personnelle particulière, voulait séjourner dans un autre pays, il devait choisir un patron qui le prît sous sa protection et qui, au besoin, le représentât. Par suite d'un usage, qui s'est formé plus tard, l'étranger qui se trouvait sans patron était pris sous la protection du *roi*, ou, dans les pays jouissant d'une immunité de juridiction, du *voué* ou de l'*avoué* (*advocatus*).

Lorsque, à l'époque féodale, le système des *droits territoriaux* s'établit, la protection ou l'*advouerie* sur les étrangers resta un attribut de la juridiction et une source de revenus pour ceux qui en étaient investis. Les étrangers n'étaient pas *serfs*, comme on l'a soutenu, ni à l'époque primitive des Francs, ni au moyen âge. Mais précisément parce qu'ils étaient sans droit reconnu, la mesure de leur sécurité et des droits dont ils jouissaient dépendait de l'arbitraire de ceux sous la protection desquels ils étaient placés. C'est ce qui explique la grande diversité entre les manières dont les étrangers étaient traités dans les différentes parties de la France et de la Belgique.

109. Pour cette protection, le justicier (le roi où le seigneur) percevait sur les étrangers un impôt qui était une espèce de capitation (*chevage, census foraticus*) ; et, en outre, en vertu de la règle qui lui attribuait les biens sans maître (les *épaves*), il *s'emparait des biens laissés par l'étranger mort en France sans parents regnicoles*. L'ensemble des droits exercés par le justicier sur les étrangers était appelé *avouerie* ou *droit d'aubaine* (*præpositura et justitia albanorum*).

Mais les seigneurs justiciers ne se contentaient pas de ces droits ; ils cherchaient à les étendre de différentes manières. Ainsi, pour être plus sûrs de pouvoir s'approprier les successions des étrangers, ils leur défendaient de disposer de leurs biens par testament; ailleurs les héritiers, même du sang, établis en France, étaient exclus de la succession de leurs parents étrangers; ailleurs il leur fut défendu de quitter la *vouerie* après le séjour d'une certaine durée; enfin, suivant quelques coutumes particulières (par exemple en Champagne), l'homme ou la femme devenait serf du seigneur dans la juridiction duquel il avait résidé un an et un jour.

Quelques coutumes même poussaient l'abus jusqu'à considérer comme *aubains* les Français appartenant à un autre diocèse ou à une autre baillie ou châtellenie.

110. Un changement important eut lieu dans le droit des étrangers ou le droit d'aubaine dans le cours des deux derniers siècles de la seconde période de l'histoire du droit français, depuis Philippe le Bel jusqu'à Louis XI (1283-1483). Pendant cette époque, le droit d'aubaine, par lequel on entendait spécialement le droit de recueillir la succession de l'étranger mort en France, fut considéré comme une émanation du pouvoir suprême du roi, comme un droit *régalien*, qui ne pouvait pas être exercé par des sujets. Quelques grands vassaux de la couronne, qui exerçaient une véritable souveraineté territoriale, par exemple les comtes de Flandre, conservèrent ce droit.

Depuis lors, l'arbitraire, les abus et les divers impôts vexatoires cessèrent; la position des étrangers devint plus stable et plus régulière. Les rois se bornèrent à demander aux étrangers, de temps en temps et dans des occasions particulières, une imposition extraordinaire, et à exercer le droit de prendre la suc-

cession des étrangers, morts en France sans laisser des enfants nés et demeurant dans le royaume (car ceux-ci étaient regnicoles, n° 93), ou d'autres parents naturalisés et demeurant en France.

M. Valette fait cette remarque judicieuse : « S'il y avait à la fois des enfants français et des enfants étrangers, la faveur accordée aux premiers profitait aux autres, et ils venaient ensemble à la succession de leur père; disposition fort remarquable à tous égards, car cela prouve que le droit de succéder n'était nullement considéré à cette époque comme un droit civil (*stricto sensu*) réservé aux seuls Français; c'est là une *idée moderne* ». (*Cours de droit civil,* p. 63 64.)

Les étrangers pouvaient acquérir et disposer de leurs biens entre-vifs, mais ils ne pouvaient ni tester ni succéder. C'est ce qui a fait dire que « l'*étranger vivait libre et mourait serf* » (*liber vivit, servus moritur*). L'incapacité de tester était une extension du *droit d'aubaine* spécialement appelé ainsi, et l'incapacité des étrangers de succéder avait pour motif d'empêcher les successions de sortir du royame.

Par suite de dispositions particulières, les étrangers étaient soumis à la contrainte par corps en matière civile et à la caution *judicatum solvi*, et privés du bénéfice de la cession de biens et du droit d'être témoins dans un acte solennel, par exemple, un testament. (Voy. *infra*, nos 117-120.)

111. Tel était le droit des étrangers avant la révolution française. (Voy. Warnkœnig et Stein, *Französische Staats- und Recthsgeschichte* (*Histoire du droit français*), t. I, nos 199 et 281; t. II, nos 71 et 72; Loysel, *Inst. cout.*, nos 67-72.) Quelques jurisconsultes modernes ont, sur les droits des étrangers en France, mis en avant une théorie rapprochée du droit romain, et qui consiste à dire que les étrangers étaient assimilés aux *peregrini* à Rome ; qu'ils avaient les droits fondés sur le *jus gentium,* mais qu'ils n'avaient pas la jouissance des droits que l'on doit considérer comme des droits civils proprement dit. Cette analogie n'est pas juste, et le système auquel elle sert de base ne peut pas s'appuyer sur les sources du droit français.

A part le droit d'aubaine et les exceptions spéciales que nous venons d'indiquer, les étrangers, même sans être naturalisés,

avaient la jouissance de tous les droits civils, comme les regnicoles, et les tribunaux les protégeaient dans cette jouissance.

112. Déjà longtemps avant la révolution, le droit d'aubaine avait subi de nombreuses exceptions, ou purement individuelles, ou accordées, en faveur du commerce et de l'industrie, à des classes entières d'étrangers, par exemple, aux marchands fréquentant certaines foires, aux ouvriers de diverses manufactures, par exemple, de celles de Beauvais et des Gobelins, à des entrepreneurs de desséchement de marais, à des marins, aux imprimeurs, aux étudiants de l'université de Paris; ou octroyées à des villes, par exemple, à Châlons, Lyon, Toulouse, Bordeaux; où à des provinces, par exemple, au Languedoc, à l'Artois. L'abolition et les modifications du droit d'aubaine étaient d'abord fondées sur des concessions royales; plus tard elles furent réciproquement convenues par des traités avec un grand nombre d'États. Dans plusieurs traités, le droit d'aubaine fut remplacé par un droit de *détraction,* c'est-à-dire d'une retenue, ordinairement de dix pour cent, au profit de l'État dans lequel les étrangers venaient recueillir la succession de leur parent français ou étranger.

113. En **Belgique**, les étrangers ne jouissaient pas indistinctement de tous les droits civils. Les coutumes différaient sur ce point; en règle générale, elles leur refusaient le droit de disposer ou de recevoir à cause de mort. Mais dans beaucoup de localités, surtout dans les villes qui prospéraient par le commerce, l'étranger qui y prenait un domicile fixe et sans esprit de retour acquérait le droit d'*incolat,* en vertu duquel il était presque assimilé au regnicole pour la jouissance des droits civils et des priviléges locaux. (Defacqz, I, p. 233, 235.)

114. Par le décret des 6-18 août 1790, publié en Belgique le 7 pluviôse an v, l'Assemblée constituante abolit pour toujours le droit d'aubaine et le droit de détraction, sans faire dépendre cette abolition de la réciprocité de la part des autres nations. Le décret des 13-17 avril 1791 étend cette disposition aux colonies et à toutes les possessions françaises. D'après ces décrets les successions des étrangers passaient à leurs héritiers français ou étrangers ; elles n'étaient plus confisquées.

Enfin, l'article 3 du décret des 8-15 avril 1791, relatif au par tage des successions *ab intestat,* publié en Belgique, le 7 pluviose

an v, déclare les étrangers, quoique établis hors le royaume, capables de recueillir en France les successions de leurs parents même français, et capables de recevoir et de disposer par tous les moyens autorisés par la loi. Sur ce dernier point le décret des 6-18 août 1790 avait laissé un doute, que le décret de 1791 était destiné à lever.

A. *Des étrangers domiciliés en France avec l'autorisation du gouvernement* (art. 13).

115. « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation de l'empereur à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider » (art. 13).

L'étranger admis à établir son domicile en France, conformément à cet article, jouit de *tous* les droits civils dont jouissent les Francais, excepté de ceux qui exigent formellement la qualité de regnicole, par exemple du droit d'être témoin dans un testament authentique (code civil, art. 980). Il n'est soumis à aucune des restrictions ni à aucune des dispositions exceptionnelles (*privilegia odiosa*) en matière de droit civil, auxquelles les autres étrangers sont sujets. Mais il n'a pas la jouissance des droits politiques.

L'étranger jouira des droits civils tant qu'il continuera de résider en France, quand même momentanément il n'aurait pas de domicile fixe, par exemple, s'il avait renoncé à l'un sans en avoir choisi un autre, ou s'il avait quitté la France momentanément et avec esprit de retour. Il ne perdra cette jouissance que lorsqu'il aura cessé de demeurer habituellement en France.

L'admission de l'étranger à établir son domicile en France peut être sujette à des modifications, à des restrictions et même à des révocations. (Avis du conseil d'État du 18 prairial an XI (7 juin 1803), approuvé le 20 prairial; Loi française du 3 décembre 1849, art. 3.)

B. *Des étrangers jouissant des droits civils en vertu de traités diplomatiques* (art. 11).

116. Un étranger peut jouir, en France, de tous les droits civils indistinctement ou de certains droits civils seulement, lorsque, *en vertu de traités internationaux,* la jouissance des *mêmes*

droits civils est accordée aux Français dans le pays auquel cet étranger appartient (art. 11). Pour qu'un étranger puisse réclamer, en France, la jouissance de certains droits civils, il ne suffit donc pas que la jouissance de ces mêmes droits soit accordée aux Français par les *lois* du pays auquel appartient cet étranger. Le code n'admet pas le système de la *réciprocité simple*, qui avait d'abord été adopté par le conseil d'État, mais le système de la réciprocité *diplomatique* ou fondée sur des *traités*, proposé par le Tribunat. (Locré, II, p. 210, 286.) Le but de la réciprocité par traités est de ne pas faire dépendre la législation française à l'égard des étrangers de la législation particulière des étrangers à l'égard des Français.

En **Belgique**, la réciprocité *pure* et *simple* a remplacé, pendant quelque temps, la réciprocité diplomatique en ce qui concerne le droit de succéder, de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament, par suite de la loi du 20 mai 1837, abrogée par celle du 26 avril 1865. (Voy. *infrà*, nº 118, 2º.

C. *Des étrangers qui ne se trouvent pas dans un des cas indiqués sous les lettres A et B.*

117. Avant d'examiner de quels droits civils jouissent, en France, les étrangers qui n'y ont pas fixé leur domicile avec l'autorisation du gouvernement, et qui ne peuvent pas invoquer des traités, il importe d'établir quelles sont les différences formellement reconnues par la loi entre les droits des Français et ceux des étrangers. Ces différences seront exclues de la controverse qui fera l'objet des numéros 122-123.

1. DES DIFFÉRENCES FORMELLEMENT ÉTABLIES ENTRE LES DROITS CIVILS DES FRANÇAIS ET CEUX DES ÉTRANGERS.

118. La plupart des différences qui vont suivre existaient déjà anciennement, en France, et dans les provinces belges.

1º Un étranger ne peut succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède en France, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent dans le pays de cet étranger, en vertu de traités internationaux (art. 726 et 11 du code civil).

2° On ne peut disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français (C. civ., art. 912).

En **France**, la loi du 14 juillet 1819 a aboli les articles 726 et 912 du code et mis, en ce qui concerne le droit de recueillir par succession et par donation, les étrangers sur la même ligne que les Français.

En **Belgique**, la loi du 20 mai 1837 a fait dépendre le même droit des étrangers de la réciprocité pure et simple.

La loi du 26 avril 1865 a abrogé la loi du 20 mai 1837 et les articles 726 et 912 du code civil (art. 1-2). Les étrangers ont le droit de succéder, de recevoir et de disposer comme les Belges en Belgique (art. 3). En cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et Belges, ceux-ci *prélèvent* sur les biens situés en Belgique une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales (art. 4). Cette loi est identique à la loi française du 4 juillet 1819.

119. 3° Comme dans l'ancien droit français, l'étranger n'est pas admis au bénéfice de la cession de biens (code civ., art. 1268-1270; C. de proc., art. 905; C. de comm., art. 575; édit du commerce, x, art. 2).

Ce point est sans importance depuis l'abolition de la contrainte par corps. (Voy. n° 4 et t. II, n° 206.)

4° L'étranger non domicilié en France est passible de la contrainte par corps pour l'exécution de *tout* jugement de condamnation, quel qu'en soit le montant, qui intervient contre lui au profit d'un Français, tant en matière civile que commerciale. Il peut même *avant* le jugement de condamnation, mais après l'échéance de la dette, être provisoirement arrêté sur l'ordonnance du président du tribunal de première instance dans le ressort duquel il se trouve, à moins qu'il ne justifie qu'il possède sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement de sa dette, ou qu'il ne fournisse une caution solvable (loi du 10 septembre 1807). Il en était de même d'après l'ordonnance de 1667, qui, en abolissant la contrainte par corps en matière civile pour les Français, l'a conservée pour les étrangers.

Cette disposition a été d'abord modifiée en **Belgique** par la loi du 21 mars 1859, et puis supprimée par la loi du 27 juillet 1871, qui abolit toute contrainte par corps *préventive* sans jugement, et qui, pour les matières pour lesquelles la contrainte est conservée, place l'étranger sur la même ligne que le regnicole.

En **France**, la contrainte par corps a été abolie en matière civile, commerciale et contre les étrangers par la loi du 22 juillet 1867.

120. 5° En toutes matières autres que celles de commerce, l'étranger *demandeur* au principal ou en intervention, est tenu, *sur la demande* du défendeur, Français ou étranger (ce dernier point est cependant controversé (voy. conf. Brux., 8 juin 1865, P., 1865, 281; *contrà* Nancy, 14 juin 1876, D. 1876, 5, 225), de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède, en France, des immeubles suffisants pour assurer ce payement (*caution judicatum solvi*) (C. civ., art. 16; C. de proc., art. 166, 167, 423). Cette caution peut être augmentée si l'étranger appelle; mais elle ne peut pas, pour la première fois, être demandée en appel. (Bruxelles, 22 février 1859, B. J., t. 17, 450, P., 1859, p. 98; 10 août 1874, B. J., t. 32, 115, P., 1874, 366 et les notes.) En **France**, il a été jugé que la caution peut être demandée pour la première fois en appel contre l'étranger *appelant*, et seulement pour les frais d'appel (Lyon, 26 juin 1873, D., 1874, 2, 120); mais qu'elle ne peut pas être demandée contre l'étranger *intimé*. (Aix, 9 juillet 1874, D., 1876, 2, 136.) Anciennement les étrangers étaient soumis à la caution *judicatum solvi* en France et en Belgique. (Merlin, *Rép.*, v° *Caution judicatum solvi;* Defacqz, p. 238.)

121. 6° Suivant une règle de droit commun, fondée sur la nature même des choses et presque généralement admise par toutes les législations, le défendeur en matière personnelle et mobilière doit être assigné devant le tribunal de son domicile. *Actor sequitur forum rei*. (C. de proc., art. 59, alinéa 1.) D'après l'article 14 du code civil, l'étranger même *non* résidant en France peut être cité devant les tribunaux français pour obligations par lui contractées envers un Français, soit en France, soit en pays étranger. L'étranger ne peut pas invoquer contre le Français la

règle *Actor sequitur forum rei*. La règle de l'article 14 était aussi suivie dans l'ancien droit belge. (Defacqz, p. 237.)

Le Français peut renoncer au bénéfice de l'article 14. (Cass. fr. 19 nov. 1864; Brux., 17 mai 1878, B. J., t. 36, 710.)

L'article 14 ne distingue pas entre la nature et le fondement des obligations; il ne s'applique donc pas seulement aux *contrats*, mais à toutes les obligations résultant d'un fait quelconque donnant lieu à une action, par exemple d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat, même aux actions en partage d'une communauté. (Cologne, 29 mars 1853, J. P. B., 1854, 7, et la note; Cass. fr., 13 décembre 1865, D., 1866, 1, 20, et 12 août 1872, D., 1872, 1, 293.) L'article 14 s'applique aussi aux personnes morales étrangères. (Cass fr., 14 nov., 1864, D , 1864, 1, 466, et la note.)

La loi n'ayant pas déterminé devant *quel tribunal* français l'étranger pourra être cité par le regnicole, le choix en appartient au demandeur, au moins dans le cas où l'étranger n'a ni domicile ni résidence en France, et que la matière du procès n'est pas par elle-même attributive de juridiction. (Gand, 1er février 1849, B. J., t. 7, 889, P., 1849, 61, J. P. B., 1849, 184, et la note.) S'il a une résidence de fait, il doit être assigné devant le tribunal de sa résidence. (Liége, 28 févr. 1868, P., 1868, 139.) Les jurisconsultes diffèrent d'opinions sur ce point.

D'après la jurisprudence française, qui nous paraît très-rationnelle, sans être imposée par la loi, l'action contre l'étranger qui a une résidence en France doit être intentée devant le tribunal de sa résidence (Cass., 8 juillet 1840; 2 août 1876, D., 1877, 1, 107); et elle *doit* être portée devant le tribunal du domicile du Français demandeur, si l'étranger n'a ni domicile ni résidence en France. (Cass., 9 mars 1863, D., 1863, 1, 176; Bastia, 27 décembre 1875, D., 1876, 2, 203.)

En **Belgique**, l'article 14 du code civil a été modifié par les articles 52-54 de la loi du 25 mars 1876, contenant le titre Ier du livre préliminaire du code de procédure civile. L'article 52 énumère les cas spéciaux dans lesquels les étrangers pourront être assignés devant les tribunaux belges, soit par un Belge, soit par un étranger. Dans les cas *non prévus* par cet article, l'étranger pourra, si ce droit appartient au Belge dans le pays de cet étranger, décliner la juridiction des tribunaux belges; mais à défaut par lui

de ce faire dans les premières conclusions, le juge retiendra la cause et y fera droit. Cette réciprocité sera constatée soit par les traités conclus entre les deux pays, soit par la production des lois ou actes propres à en établir l'existence. L'étranger défaillant sera présumé décliner la juridiction des tribunaux belges (art. 54).

Si cette réciprocité n'existe pas et que la matière du procès ne soit pas attributive de juridiction, le demandeur *pourra,* dit la loi, mais non *devra* porter la cause devant le juge du lieu où il a lui-même son domicile ou sa résidence (art. 53).

2. DES DROITS CIVILS DONT LES ÉTRANGERS JOUISSENT EN GÉNÉRAL.

122. Il est hors de doute que les étrangers ne jouissent pas des droits mentionnés aux numéros 118-121. Mais ont-ils tous les autres droits civils, dont la jouissance ne leur est pas formellement refusée?

Trois systèmes principaux partagent les jurisconsultes :

1° Il faut distinguer entre les facultés qui dérivent du droit naturel ou des gens, et celles qui ne dérivent que du droit civil. Les premières appartiennent à l'étranger indépendamment de toute concession; les autres ne lui appartiennent qu'en vertu de traités ou d'une concession de la loi française. (Zachariæ, §§ 76-78.)

2° L'incapacité de l'étranger de jouir des droits civils, en France, est la *règle;* la capacité est l'exception. L'étranger ne jouit, en France, que des droits civils qui lui sont concédés, soit par des traités intervenus entre la France et la nation à laquelle l'étranger appartient, soit par une disposition expresse ou implicite des lois françaises. (Demolombe, t. I, 240 et suiv.; Paris, 21 mars 1861, D., 1861, 2, 73, et Cass. fr., 20 mai 1862, D., 1862, 1, 210.)

3° Les étrangers jouissent de tous les droits civils autres que ceux dont ils sont formellement exclus.

123. Le troisième système nous paraît seul vrai.

Car l'étranger n'est pas privé de la jouissance de *tout* droit civil. Il est impossible de baser sur le texte de la loi une théorie qui établisse deux classes de droits, l'une renfermant les droits dont l'étranger a la jouissance, l'autre comprenant ceux dont il ne jouit pas. Le droit romain ne peut pas servir de guide ici.

Tout système tendant à cet effet est arbitraire. Le tribunal de cassation avait proposé un article qui eût indiqué les deux classes de droits civils, ceux dont auraient joui les indigènes à l'exclusion des étrangers, et ceux dont la jouissance aurait aussi été accordée aux étrangers. Cet article n'a pas été adopté. Ce système ne peut pas davantage s'étayer du droit ancien. (Voy. *suprà,* nos 108-114.)

Les adversaires de la théorie que nous défendons invoquent l'article 11 du code civil. Mais cet article a été lui-même l'objet d'interprétations diverses. Il est à remarquer qu'il n'est pas rédigé *restrictivement;* qu'il ne dit pas que « l'étranger *ne* jouira, en France, *que* des mêmes droits dont le Français jouit dans le pays de cet étranger. » L'article 11 dit simplement que « l'étranger *jouira,* en France, des mêmes droits civils que ceux qui seront accordés aux Français, etc. » La portée de cet article est *double.* D'abord il veut dire que les traités diplomatiques conclus par la France avec les nations étrangères seront une source de droits civils pour les étrangers et seront appliqués par les tribunaux; en second lieu, il veut dire que, *par cela même* qu'un *traité* accorde *aux Français* certains droits civils chez la nation avec laquelle il a été conclu, les étrangers appartenant à cette nation jouiront de plein droit *des mêmes droits civils,* en France, *quand même ce traité ne renfermerait aucune stipulation de réciprocité au profit des individus appartenant à la nation avec laquelle il a été conclu.*

Au reste, supposé même que l'article 11 ait une portée restrictive, il ne peut servir d'appui à aucun des systèmes opposés au nôtre. Car s'il en résulte que les étrangers ne jouissent pas de *tous* les droits civils, il n'en résulte pas de *quels* droits civils ils sont *exclus;* et l'on peut soutenir avec autant de raison que, sans traités, ils sont exclus seulement des droits civils, dont une *disposition spéciale* de la loi les prive, que l'on peut prétendre qu'ils ne jouissent absolument d'*aucun* droit, pas même de ceux renfermés dans le *jus gentium,* à moins qu'il ne leur soit spécialement accordé par un traité.

L'article 11 a sans doute un effet restrictif. *Certains* droits n'appartiennent à l'étranger qu'à la condition que, dans le pays de cet étranger, le Français jouisse des mêmes droits en vertu d'un traité. Mais quels sont ces droits?

Les discussions prouvent à l'évidence qu'en rédigeant l'article 11, le législateur a eu en vue *certains droits civils déterminés.* Lorsque, dans la séance du conseil d'État du 6 thermidor an IX (23 juillet 1801), l'ordre de la discussion amena l'article 11, Rœderer fut chargé de présenter le tableau des rapports que les traités avaient établis entre la France et les autres nations, en ce qui concerne les droits civils (Locré, t. II, 42), et la discussion de cet article fut suspendue jusqu'après la présentation de ce rapport. En exécution de sa mission, Rœderer a fait un rapport détaillé sur le *droit* d'*aubaine* et de *détraction,* et sur l'opportunité qu'il y aurait à le conserver. Le rapport ne s'occupe d'aucun autre droit civil. (Locré, II, 112.)

Les différents discours qui s'occupent de l'article 11 ne traitent la question de la jouissance des droits civils que sous le point de vue du *droit* d'*aubaine,* comme s'il ne s'agissait pour les étrangers que de la jouissance du droit de recueillir des successions et de disposer à cause de mort. Il n'y est fait mention d'aucun autre droit civil. (Exposé des motifs par Boulay, n°ˢ 7-12, Locré, II, 220-226 et suiv.; Rapport au Tribunat par Siméon, n° 6, *ibid.*, 243; Nouvel Exposé de motifs par Treilhard, n° 9, *ibid.*, 321; Rapport au Corps législatif, par Gary, n° 6, *ibid.*, 339; Valette, *Cours de droit civil,* p. 67-68.)

Un avis du conseil d'État du deuxième jour complémentaire de l'an XIII (19 septembre 1805), approuvé le 4, décide que les mariages contractés, en France, par les étrangers ou par un prisonnier de guerre, doivent produire tous les effets civils quant à l'état de la femme et des enfants; mais que les conventions matrimoniales, en *tout ce qui touche la successibilité,* ne produisent d'effet en leur faveur qu'autant qu'il y a réciprocité, en faveur des Français, d'après les lois du pays dont cet étranger est sujet,

La loi française du 14 juillet 1819 fournit un nouvel appui à notre système. Elle déclare tous les étrangers capables de succéder, en France, comme les Français. Si le législateur eût cru que d'autres exceptions de jouissance des droits civils grevaient les étrangers, il les aurait sans doute aussi supprimées.

Ainsi, les étrangers ont, en France, la jouissance de tous les droits civils dont ils ne sont pas formellement exclus. Donc ils

peuvent exercer la puissance maritale et la puissance paternelle, être tuteurs et membres du conseil de famille, adopter et être adoptés, acquérir par prescription, disposer à titre gratuit par donation entre-vifs et par testament, etc. Sur toutes ces questions la jurisprudence est encore très-vacillante.

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

I. DE LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

124. La qualité de Français se perd :

1° Par la naturalisation *acquise* en pays étranger (art. 17, 1°). La simple *demande* de naturalisation n'a pas cet effet. Cette disposition est fondée sur le principe que l'on ne peut pas être citoyen de deux États à la fois (n° 90). L'obtention, en pays étranger, d'une protection spéciale, comme le sont l'autorisation d'y établir son domicile, et la *denization* en Angleterre, ou le droit de bourgeoisie dans quelques pays, ne change pas la nationalité;

2° Par l'acceptation, non autorisée par le gouvernement, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger (art. 17, 2°);

3° Par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour. L'esprit de retour doit toujours être présumé jusqu'à la preuve contraire, résultant ou d'une déclaration expresse ou de circonstances non équivoques. Car, le mode de perdre la nationalité indiqué dans ce numéro est un simple *abandon* par lequel on n'acquiert pas, comme par la naturalisation, la qualité de regnicole d'un autre pays. Les établissements de commerce ne

peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour (art. 17, 3°).

On peut cependant induire l'absence de l'esprit de retour de circonstances accompagnant un pareil établissement. (Cass. B., 3 juillet 1865, B. J., t. 23, 867; P., 1865, 327.)

4° Par le mariage d'une femme française avec un étranger (art. 19 et 12).

5° Par l'acceptation, sans autorisation du gouvernement, du service militaire chez l'étranger, ou par l'affiliation à une corporation militaire étrangère (art. 21).

La première édition du code portait, sous le n° 3 : « Par l'affiliation à toute corporation étrangère qui exigera des distinctions de naissance. » Cette disposition, qui faisait allusion à des chapitres ou autres corporations étrangères, religieuses ou civiles, qui exigeaient de leurs affiliés des preuves de noblesse, a été supprimée dans l'édition de 1807.

6° Par la réunion d'une partie du territoire français à un autre État, soit par des traités, soit par la conquête (n° 106).

En **Belgique**, les n°s 2 et 5 ont été abolis par la loi du 21 juin 1865.

125. De même que la naturalisation confère un droit purement individuel à celui qui l'a obtenue (n° 91), la perte de la qualité de Français par une des causes énoncées au n° 124 est purement individuelle et n'atteint pas la femme ni les enfants de celui qui a perdu sa qualité.

La perte de la qualité de Français n'entraîne pas la perte de *tous* les droits civils, mais seulement la perte des droits spécialement attachés à cette qualité.

II. DU RECOUVREMENT DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS.

126. Les Français qui ont perdu la qualité de Français pour une des quatre causes mentionnées au n° 124 1°, 2°, 3°, 4°, peuvent toujours la recouvrer, pourvu qu'ils résident en France ou qu'ils y rentrent avec l'autorisation du chef de l'État, et qu'ils déclarent qu'ils veulent s'y fixer (art. 18 et 19).

La femme française qui a perdu sa qualité de Française par son mariage avec un étranger recouvre *de plein droit*, à partir du

décès de son mari, sa qualité de Française si elle réside en France. (Cass. fr., 13 janvier 1873, D., 1873, 1, 297; Cass. B., 28 mars 1876, P., 1876, 220, et les notes.)

Le Français qui a perdu sa qualité de Français par l'acceptation du service militaire chez l'étranger, sans l'autorisation du gouvernement, ne peut recouvrer cette qualité qu'en rentrant en France avec la permission du gouvernement et en remplissant les conditions imposées à l'étranger en général pour devenir regnicole; donc, en obtenant la naturalisation (art. 21.)

127. En **Belgique**, la loi du 21 juin 1865 (voy. n° 124) porte : « que les Belges qui avaient perdu leur nationalité en vertu des articles 17, n°s 2, et 21, alinéa 1 (*suprà*, n° 124, n°s 2 et 5), l'ont recouvrée de plein droit depuis la publication de cette loi, mais *seulement* avec effet pour l'avenir. Cette loi a été déclarée obligatoire le lendemain de sa publication.

De même, les individus qui avaient perdu leur qualité de Belges, parce qu'ils avaient été, sans autorisation du gouvernement, au service militaire chez l'étranger, ont recouvré leur qualité de Belges, si, étant rentrés en Belgique avant le 1er janvier 1833, ils avaient combattu pour la cause de la révolution, ou ont pris du service dans l'armée nationale, ou ont été admis à un emploi civil, et ont depuis lors continué de résider en Belgique, pourvu que, dans les six mois de la publication de la loi du 22 septembre 1835, ils aient déclaré, dans la forme prescrite par l'article 133 de la Constitution, qu'ils voulaient jouir du bénéfice de cette loi. (L. du 22 septembre 1835, art. 1, n° 1; art. 2.)

Sont exceptés de cette disposition les Belges restés après le 1er août 1831 au service d'une puissance en guerre avec la Belgique. (Même loi, art. 4.)

128. Les personnes qui ont recouvré leur qualité de Français ou de Belges en vertu des dispositions indiquées aux n°s 126 et 127 ne peuvent s'en prévaloir qu'après avoir rempli toutes les conditions prescrites à cet effet, et seulement pour les droits ouverts à leur profit depuis cette époque (art. 20).

La reprise de la qualité de Français n'a donc d'effet rétroactif, ni pour celui qui la recouvre, ni à l'égard des tiers. Ainsi, les actes par eux faits avant l'accomplissement de ces conditions, et qui exigeaient la qualité de regnicole, seraient nuls.

SECTION II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES.

129. En **Belgique**, la *mort civile,* ou la perte de l'état civil d'une manière générale et absolue a été abolie par l'article 13 de la Constitution de 1831, et jusqu'à la révision du code pénal, les articles 28, 29, 30 et 31 de ce code ont dû être appliqués aux individus condamnés à l'une des peines emportant autrefois la mort civile. (Décret du 11 février 1831.) Les articles 22-33 du code civil sont donc abrogés.

Le code pénal de 1810 a été remplacé par le code pénal belge du 8 juin 1867 (*Moniteur* du 9 juin), mis à exécution à partir du 15 octobre suivant. Ce code a aboli les peines du banissement et de dégradation civique. Aucune peine n'est infamante.

Voici l'influence que les condamnations criminelles peuvent exercer sur la jouissance des droits civils et politiques, d'après le code pénal belge de 1867.

Il faut distinguer :

1° La condamnation à la peine de mort emporte l'*interdiction légale* du condamné (art. 20).

2° Seront en état d'interdiction légale, *pendant la durée de leur peine :*

a. Les condamnés contradictoirement aux travaux forcés, à la reclusion, à la détention perpétuelle ou extraordinaire ;

b. Les condamnés contradictoirement à la détention ordinaire soit dans le cas de récidive, soit dans le cas de concours de plusieurs crimes. Il doit leur être nommé un curateur (ou plutôt un tuteur) pour gérer leurs biens, conformément aux règles relatives à la tutelle des interdits.

L'interdiction est encourue du jour où la condamnation est devenue irrévocable (art. 21-23).

Toutefois les effets de l'interdiction légale diffèrent en plusieurs points des effets de l'interdiction judiciaire. (Voy., *infrà,* n° 809.)

3° Tous arrêts de condamnation à la peine de mort ou aux travaux forcés prononceront, contre les condamnés, *l'interdiction à perpétuité* du droit de remplir un emploi public, de vote, d'élection, d'éligibilité ; de porter aucune décoration, aucun titre de

noblesse; d'être juré, expert, témoin instrumentaire ou certificateur dans les actes; de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements; de faire partie d'aucun conseil de famille, d'être tuteur, subrogé tuteur ou curateur, si ce n'est de leurs enfants, et sur l'avis du conseil de famille; d'être conseil judiciaire ou administrateur provisoire; de port d'armes, de faire partie de la garde civique ou de servir dans l'armée (art. 31).

4° En cas de condamnation à la reclusion ou à la détention, les cours d'assises pourront interdire, en tout ou en partie, à perpétuité ou pour dix ou vingt ans, l'exercice des droits énumérés au n° 3 (art. 32).

5° Dans les cas prévus par la loi, les cours et tribunaux *pourront* interdire, en tout ou en partie, aux condamnés correctionnels, l'exercice des droits énumérés en l'article 31 (*suprà,* n° 3), pour un terme de cinq à dix ans (art. 33).

Les incapacités prononcées par les juges ou attachées par la loi à certaines condamnations cessent par la remise que le roi peut en faire, en vertu du droit de grâce (C. pén., art. 87; Const. belge, art. 73). Les articles 619 à 634 du code d'instruction criminelle sur la réhabilitation sont abolis.

130. En **France,** la mort civile a été abolie et les articles 22, 33 du code civil ont été abrogés par la loi des 31 mai-3 juin 1854, et les effets de la mort civile cessent pour l'avenir même à l'égard de ceux qui, par suite d'une condamnation, étaient morts civilement, sauf les droits acquis au tiers. L'état de ces condamnés est régi par les articles 28, 29 et 31 du code pénal de 1810, modifiés par les lois des 28 avril 1832 et 8 juin 1850. Les condamnations judiciaires ne peuvent entraîner qu'une privation *partielle* des droits civils.

1° La condamnation à une peine afflictive *perpétuelle,* c'est-à-dire aux travaux forcés perpétuels ou à la déportation, emporte la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les articles 28, 29 et 31 du code pénal. Le condamné ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est nul. Toutefois le gouvernement peut relever le condamné de tout ou partie des

incapacités ci-dessus mentionnées, en lui accordant, *dans le lieu d'exécution de la peine,* l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont son état d'interdiction légale l'a privé. (L. du 31 mai 1854, art. 1-3.)

2° La condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la détention, de la reclusion ou du bannissement, emporte la *dégradation civique,* consistant dans la privation des droits civiques et civils énumérés dans l'article 34 du code pénal. De plus, quiconque aura été condamné à une de ces quatre peines, *à l'exception du bannissement,* sera, *pendant la durée de sa peine,* en état d'*interdiction légale.* Il lui sera nommé un tuteur et un subrogé tuteur pour administrer et gérer ses biens dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et des subrogés tuteurs aux interdits. (C. pén., art. 28, 29, 34.)

3° Les tribunaux jugeant correctionnellement *pourront, dans certains cas prévus par une disposition particulière de la loi,* interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques, civils et de famille, énumérés dans l'article 42 du code pénal français. (C. pén., art. 42, 43.)

TITRE II.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

CHAPITRE I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

I. NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

131. La définition des termes *état civil,* en sens général et en sens restreint, a été donnée au n° 82. Des droits patrimoniaux importants dérivent de l'*état de famille* ou état civil en sens restreint.

Les *actes de l'état civil* sont les documents ou instruments pu-

blics destinés à constater les faits qui servent de fondement à l'état civil des personnes. Ainsi, en sens général, sont actes de l'état civil, tous les documents qui constatent un fait par lequel une personne a acquis ou changé son état civil. En ce sens, l'acte de naturalisation aussi est un acte de l'état civil.

Mais les actes de l'état civil *en sens restreint*, dont il s'agit dans ce titre, sont les documents destinés à constater l'état de famille des personnes. Ces actes sont : les actes de naissance, de mariage, de décès, de divorce, de reconnaissance d'un enfant naturel et l'adoption.

132. Pendant le moyen âge, et probablement dès le XIII[e] siècle, longtemps avant qu'aucune loi l'eût ordonné, les curés tenaient, dans les églises, des registres des baptêmes, des mariages et des décès. « Il était assez naturel que les mêmes hommes dont on allait demander les bénédictions et les prières aux époques de la naissance, du mariage et du décès en constatassent les dates, en rédigeassent les procès-verbaux. » (Rapport de Siméon au Tribunat, n° 2, Locré, t. III, 201.) Le concile de Trente, qui a siégé de 1554 à 1563, *Sessio* 24, canon. I et II, *De reformatione matrimonii*, leur *ordonne* de tenir dans leurs paroisses des registres de mariage et de baptême. Le but de ce précepte était d'avoir un moyen de constater et de faire connaître aux curés les affinités contractées par les mariages et les parentés spirituelles (*cognationes spirituales*) contractées, par le baptême, entre le baptisé et ses parents d'un côté, et ses parrains de l'autre côté, afin que les lois de l'Église fussent mieux observées, et que, par ignorance des parentés, on ne célébrât plus des mariages auxquels s'opposait un empêchement canonique. Il n'y avait pas de mariage civil à côté du mariage religieux ; la légitimité des enfants dépendait de la régularité de ce dernier.

C'est là l'origine des registres de l'état civil. Dans le principe, ces registres n'étaient ni les preuves *nécessaires* ni les *seules* preuves des faits sur lesquels l'état civil était fondé. On suivait à cet égard les règles ordinaires sur la preuve, laquelle se faisait par témoins, par toutes sortes de papiers domestiques, même par présomptions. Comme les registres des paroisses étaient ordinairement tenus avec suite et avec régularité, les lois civiles de presque tous les pays leur ont attribué un caractère d'authenti-

cité, soit purement et simplement, soit sous certaines conditions.

En **France**, l'article 51 de l'ordonnance de Villers-Cotterets, du mois d'août 1539, prescrivait aux curés et aux vicaires de faire des registres de baptême *en forme de preuve*, qui seraient déposés au greffe du bailliage le plus prochain ; et que les extraits des actes de baptême feraient pleine foi de la naissance et du temps de minorité et de majorité. Quant aux actes de décès, ils faisaient seulement foi des décès des ecclésiastiques tenant bénéfices, colléges ou monastères (art. 50). L'article 181 de l'ordonnance de Blois, rendue en 1579 par le roi Henri III, enjoint aux greffiers en chef d'exiger, à la fin de chaque année, de tous les curés ou vicaires du ressort de leurs siéges, qu'ils apportent dans le délai de deux mois, à partir de la fin de l'année, les registres des baptêmes, mariages et sépultures de leurs paroisses. L'ordonnance de 1667, titre XX, article 7, déclare expressément que les actes de l'état civil tenus par le clergé feront généralement foi et preuve en justice. La législation ancienne sur les actes de l'état civil fut complétée par la déclaration de 1736, œuvre du chancelier d'Aguesseau, déclaration qui conserve aux curés et vicaires le droit de recevoir les actes de naissance, mariage et décès; les frappe d'une amende en cas d'infraction à ses dispositions, et exige que les registres, *tenus doubles*, soient parafés par le premier officier du siége de la juridiction, et que l'un des doubles soit *déposé au greffe de cette juridiction*.

Par suite de la révocation de l'édit de Nantes, en 1685, les mariages, les naissances des enfants et les décès des protestants ne furent plus portés sur aucun registre. Il ne pouvaient donc pas constater leur état civil. Toutefois une déclaration du roi du 11 décembre 1685 prescrivait que le décès des protestants fût constaté par les juges royaux, sur l'attestation de deux témoins. (Valette, p. 101, note 2.)

L'ordonnance de Louis XVI, du 18 novembre 1787, rend aux protestants leur état civil, en leur permettant de faire constater les actes y relatifs par les officiers de justice de leur domicile.

En vertu de la séparation de l'Église et de l'autorité politique, l'Assemblée constituante de France proclama ce principe : « Le pouvoir législatif établit pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les mariages, naissances et décès seront con-

statés, et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. » (Constitution de 1791, tit. II, art. 7.) En conséquence, l'Assemblée législative fit la loi du 20 septembre 1792 *sur le mode de constater l'état civil des citoyens*. Cette loi confie aux municipalités la rédaction des actes de l'état civil, qui désormais font foi et preuve en justice, et défend à toutes autres personnes de s'immiscer dans la tenue des registres et la réception de ces actes. Elle ne porte pas atteinte à la liberté des ministres des cultes d'inscrire les naissances, mariages et décès sur les registres des paroisses. Les articles 1 et 2 du titre VI de cette loi ordonne que tous les registres, tant anciens que nouveaux, existants aux églises paroissiales, presbytères et autres archives des cultes seront portés et déposés dans la maison commune. Le décret du 7 vendémiaire an IV (29 septembre 1795), article 20, défend, sous peine d'amende et d'emprisonnement, à tous juges, administrateurs et fonctionnaires publics d'avoir aucun égard aux attestations que les ministres du culte pourraient donner relativement à l'état civil des citoyens.

La loi du 20 septembre 1792 est la principale source du code civil sur cette matière, et a été en vigueur jusqu'à la publication du code. Elle fut suivie d'un grand nombre de décrets complémentaires, d'avis du conseil d'État, d'arrêtés et de lois transitoires, qui, en partie, sont encore en vigueur, et qui, en partie, ont été fondus dans le code civil.

133. En **Belgique**, l'état de la législation était d'abord le même que dans la plupart des autres pays de l'Europe. Par l'article 20 de l'édit perpétuel de 1611, les archiducs Albert et Isabelle statuèrent que les gens de lois des villes et des villages lèveraient chaque année un double des registres des baptêmes, mariages et sépultures, que le curé de l'endroit serait obligé de leur exhiber; qu'ils le conserveraient dans leurs archives et en feraient un deuxième double qu'ils déposeraient au greffe du siége supérieur auquel ils ressortissaient. Aucune disposition ne prescrivait la forme des actes de l'état civil. De plus, l'article 20 de l'édit perpétuel ne fut pas régulièrement exécuté. Pour en assurer l'exécution, Marie-Thérèse ordonna, par l'édit impérial du 6 août 1778, que le registre de chaque paroisse se tiendrait en double; que le prêtre rédacteur de l'acte, les comparants et les

témoins y apposeraient leur signature s'ils savaient le faire; que les actes seraient inscrits au registre de suite, sans aucun blanc, immédiatement après la cérémonie du baptême et du mariage, et au plus tard dans les vingt-quatre heures de l'inhumation; que les curés transmettraient chaque année, dans le mois de janvier, un des doubles au greffe du conseil provincial, sous peine d'une amende de 50 florins en cas de retard.

Dans le pays de Liége, un mandement du 18 novembre 1769 obligea les curés de faire un double des registres des baptêmes, mariages et sépultures, et de l'envoyer, à la fin de l'année, au doyen rural pour être transmis à l'autorité spirituelle supérieure. (Defacqz, p. 282-284.)

La loi du 20 septembre 1792 et l'article 20 du décret du 7 vendémiaire an IV furent publiés, en Belgique, après sa réunion à la France, la première par l'arrêté du 29 prairial an IV (1796), le second par l'arrêté du 7 pluviôse an V.

134. En 1814, après la séparation de la France et de la Belgique, les partisans de l'ancien état de choses cherchèrent à faire restituer à l'autorité ecclésiastique la tenue des registres de l'état civil et à rétablir l'unité du mariage civil et du mariage religieux. Un arrêté du roi Guillaume, du 21 octobre 1814, article 2, entrant dans ces vues, porte : « Tout catholique qui voudra contracter mariage sera tenu de se pourvoir d'une déclaration du curé ou d'un prêtre autorisé par lui, ou par l'ordinaire, de laquelle il conste qu'il n'existe aucun empêchement canonique à l'union des futurs époux. L'officier de l'état civil ne pourra marier que sur la présentation de cette déclaration qui sera annexée à l'acte. »

Mais cet arrêté fut révoqué par un autre du 7 mars 1815, et le code civil resta en vigueur.

Depuis 1831, c'est, en **Belgique**, un principe de droit *constitutionnel* que la rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres sont exclusivement dans les attributions des autorités communales. (Constitution belge, art. 109.)

II. DES OFFICIERS DE L'ÉTAT CIVIL.

135. D'après la loi du 20 septembre 1792, titre I, articles 1 et 2, les municipalités recevaient et conservaient les actes de

l'état civil. Les conseils généraux des communes *nommaient*, parmi leurs membres, une ou plusieurs personnes qui étaient chargées de ces fonctions. Les officiers de l'état civil étaient donc les agents de la commune.

La loi du 28 pluviôse an VIII (17 juin 1800) a donné ces attributions aux maires et adjoints des communes. Le code civil a laissé subsister cet état de choses.

136. En **Belgique**, c'est le collége des bourgmestre et échevins qui est chargé de la tenue des registres de l'état civil. L'officier de l'état civil n'est pas un agent communal, que la commune pourrait nommer à volonté. C'est un fonctionnaire désigné par la loi. Les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies par le *bourgmestre*, ou par un *échevin désigné à cet effet par le collége* des bourgmestre et échevins. L'officier de l'état civil peut avoir sous ses ordres, et suivant les besoins du service, un ou plusieurs employés salariés par la commune, qu'*il* nomme et congédie sans en référer au conseil communal. En cas d'empêchement de l'officier de l'état civil délégué par le collége, il sera remplacé momentanément par le bourgmestre, échevin ou conseiller, dans l'ordre des nominations respectives. (Loi communale du 30 mars 1836, art. 93.) Pour la **France**, voy. décis. minist. du 25 février 1808; du 21 décembre 1821 et du 16 novembre 1824).

En **Belgique**, les officiers de l'état civil ne peuvent recevoir aucun acte qui les concerne personnellement ou qui concerne leurs épouses, leurs père et mère ou leurs enfants. (Arrêté du 8 juin 1823, art. 4.) Pour la **France**, voy. lett. minist. du 21 juillet 1818.

III. DE LA RÉDACTION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

137. 1° Les actes de l'état civil doivent énoncer l'année, le jour et l'heure où ils ont été reçus; les prénoms, nom, âge, profession et domicile de tous ceux qui y sont dénommés (art. 34).

La loi prescrit l'indication de l'heure, afin que la sincérité de l'acte puisse être mieux contrôlée, et que le faux, s'il existe, puisse être plus facilement prouvé.

138. 2° On distingue quatre catégories de personnes qui peuvent être dénommées dans un acte de l'état civil :

a. L'officier de l'état civil. Il est officier public ayant qualité pour

donner le caractère d'authenticité aux actes qu'il dresse (art. 1317).

b. Les *témoins de l'acte*, ou les personnes qui, avec l'officier de l'état civil, attestent par leur signature ce que l'officier atteste lui-même ;

c. Les *déclarants*, ou les personnes qui portent à la connaissance de l'officier de l'état civil les faits que l'acte est destiné à constater, et qui se rendent garants de la vérité de ces faits ;

d. Les *parties intéressées*, ou les personnes dont l'état fait directement l'objet de l'acte, par exemple, dans les actes de mariage ou de divorce, les époux ; ou sur l'état desquelles le fait constaté peut avoir une influence, par exemple, dans les actes de naissance, les père et mère de l'enfant ; dans les actes de décès, le conjoint du décédé.

139. 3° Les officiers de l'état civil doivent constater ce qu'ils ont fait personnellement et ce qui s'est passé en leur présence ; ils ne peuvent rien insérer dans les actes qu'ils reçoivent, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui *doit* être déclaré par les comparants, et ce que cet acte est destiné à prouver, par exemple, dans un acte de décès, ils ne doivent pas insérer le genre de mort (art. 35). En règle générale, les officiers de l'état civil ne sont pas tenus de vérifier l'exactitude des déclarations des comparants ; cette obligation ne leur est imposée que dans certains cas, par exemple, à l'égard des naissances et des décès (art. 55, 77).

140. 4° La présence des *parties intéressées* à un acte de l'état civil n'est pas toujours nécessaire. Dans les cas où les parties intéressées doivent comparaître dans l'acte, elles peuvent comparaître en personne ou se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique, à moins que la loi n'exige formellement leur présence personnelle (art. 36).

La présence des parties en *personne* n'est formellement exigée que pour l'acte de divorce par consentement mutuel (art. 294). Mais on doit admettre la nécessité de la présence personnelle aussi dans l'acte de mariage (art. 75). (Voy. *infrà*, n° 317.)

141. 5° L'officier de l'état civil doit rédiger l'acte en présence de plusieurs témoins, dont le nombre varie. Les témoins seront choisis par les personnes intéressées ou, à défaut de ce choix, appelés par l'officier de l'état civil. Ils doivent être du sexe mas-

culin, âgés de vingt et un ans au moins, parents ou autres; car les parents sont les plus intéressés à l'état civil de leurs parents (art. 37). Il n'est pas nécessaire qu'ils soient citoyens francais (arg., art. 980; loi du 25 ventôse, art. 9). Les déclarants (n° 138) peuvent aussi être témoins à l'acte, s'ils ont les qualités générales requises pour être témoins (art. 78).

142. 6° L'officier de l'état civil doit donner lecture des actes aux parties comparantes ou à leur fondé de procuration, et aux témoins, et faire, dans l'acte, mention de l'accomplissement de cette formalité (art. 38). Les actes doivent être signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins, ou mention doit être faite de la cause qui empêche les comparants et les témoins de signer (art. 39).

143. 7° Les actes doivent être inscrits sur les registres de suite sans aucun blanc (n°s 146, 147). Rien ne doit y être écrit par abréviation, et aucune date ne doit être mise en chiffres. Les ratures et les renvois doivent être approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte (art. 42).

144. 8° Lorsque la mention d'un acte relatif à l'état civil doit avoir lieu en marge d'un autre acte déjà inscrit, elle doit être faite, par l'officier de l'état civil, sur les registres courants, ou sur ceux qui reposent aux archives de la commune, et par le greffier du tribunal de première instance, sur les registres déposés au greffe, et le procureur du roi audit tribunal doit veiller à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres (art. 49).

145. Sous la date du 23 fructidor an XI, le ministre de l'intérieur a envoyé aux officiers de l'état civil des formules pour tous les actes de l'état civil, afin de mettre de l'uniformité dans la rédaction de ces actes. Ces formules n'ayant pas force de loi, les actes qui n'y sont pas conformes ne sont pas nuls. (Avis du conseil d'État du 12 thermidor an XII (31 juillet 1804); Locré, t. III, p. 254.)

IV. DE LA TENUE ET DE LA CONSERVATION DES REGISTRES DE L'ÉTAT CIVIL.

146. 1° Afin que les actes de l'état civil soient mieux conservés, la loi ordonne qu'ils soient inscrits, dans chaque commune,

sur un ou plusieurs *registres* tenus doubles (art. 40). Ils peuvent être *tous* inscrits sur *un seul* et *même* registre, par exemple, dans les communes de peu d'étendue. Mais, dans les grandes communes, il y a ordinairement un registre spécial pour chaque espèce d'actes de l'état civil, par exemple, pour les naissances, les mariages, les décès, etc.

147. 2° Les registres doivent être cotés ou numérotés par première et dernière, et parafés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance, ou par le juge qui le remplace (art. 41). Les actes doivent y être inscrits de suite, sans aucun blanc (art. 42).

148. 3° A la fin de chaque année, les registres doivent être clos et arrêtés par l'officier de l'état civil; et, dans le mois, l'un des doubles doit être déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de première instance (art. 43). Les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil doivent être parafées par les personnes qui les ont produites et par l'officier de l'état civil, et déposées au greffe du tribunal avec le double des registres dont le dépôt doit avoir lieu au greffe (art. 44).

D'après la loi du 20 septembre 1792, c'était l'autorité administrative qui devait coter et parafer les registres et qui avait aussi le dépôt du double. Après une longue discussion au conseil d'État, la loi a confié ce dépôt à l'autorité judiciaire, parce que les contestations sur l'état civil et les demandes de rectification de l'état civil sont du ressort des tribunaux, et que le dépôt aux greffes offre plus de garanties de stabilité que celui dans les archives administratives. Les présidents des tribunaux doivent ordonner aux greffiers de communiquer les registres de l'état civil aux préfets toutes les fois qu'ils en demandent communication. (Circul. du minist. de la justice, du 19 mars 1806.)

149. 4° Dans le mois qui suit la clôture des registres, les officiers de l'état civil doivent faire une table alphabétique annuelle des actes de l'état civil; et tous les *dix* ans, les *greffiers* sont obligés de faire, dans les six premiers mois de la onzième année, des tables alphabétiques décennales en triple expédition, dont l'une doit rester au greffe, l'autre doit être envoyée à chaque commune du ressort du tribunal, et dont la troisième doit être

adressée au préfet ou au gouverneur. (Décret du 20 juillet 1807.)

En **Belgique**, l'expédition des tables décennales des actes de l'état civil, destinée aux gouvernements provinciaux, est supprimée. (L. du 2 juin 1861, art. 1er.)

Les greffiers des tribunaux de première instance touchent une rémunération d'un centime par nom pour chacune des expéditions destinées aux tribunaux et aux communes. (Même loi, art. 2, et décret du 20 juillet 1807.)

150. 5° Les registres de l'état civil sont publics; toute personne peut, même sans justifier aucun intérêt, s'en faire délivrer des extraits par les fonctionnaires qui en sont les dépositaires, c'est-à-dire par les greffiers des tribunaux ou par les officiers de l'état civil. (Voy. *supra*, nos 135-136; art. 45; avis du conseil d'État, des 6 juin-2 juillet 1807; circul. du minist. de l'intérieur du 30 juill. 1807.) Les dépositaires de ces registres qui refuseraient d'en donner copie seraient passibles de dommages-intérêts envers les requérants. (C. de procéd. civ., art. 853.)

151. La loi prescrit plusieurs moyens à l'effet de garantir la tenue régulière et la conservation des registres de l'état civil. Ces moyens sont :

1° La surveillance du ministère public, qui doit vérifier l'état des registres déposés tous les ans au greffe (n° 148), dresser procès-verbal de la vérification, dénoncer les crimes, délits ou contraventions commis par les officiers de l'état civil et requérir contre eux la condamnation aux peines comminées par la loi (art. 53.)

Les *crimes* (C. pén., art. 145-147; C. pén. b., art. 194-196) et les *délits* (C. pén., art. 192-195; C. pén. b., art. 263-265) que les officiers de l'état civil el les dépositaires des registres commettent dans l'exercice de leurs fonctions doivent être poursuivis d'après les règles générales et devant la juridiction criminelle ordinaire. Mais les simples *contraventions* aux articles 34 à 49 du code civil, de la part des fonctionnaires qui y sont dénommés, sont de la compétence du tribunal civil de première instance, parce qu'elles sont plutôt d'une nature disciplinaire que criminelle. Ces contraventions sont punies d'une amende qui ne peut excéder cent francs; mais le jugement qui prononce de ce chef une amende, quelque minime qu'elle soit, est toujours sujet à appel, parce qu'il peut

s'y agir de l'exactitude et de l'honneur du fonctionnaire public (art. 50, 54).

2° La responsabilité civile des dépositaires des registres à raison de toute altération qui y peut survenir, et des officiers de l'état civil à raison des crimes, délits ou contraventions qu'ils peuvent commettre dans l'exercice de leurs fonctions (art. 51, 52, 1382, 1383).

V. DE LA FORCE PROBANTE DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

152. Trois points doivent être examinés : 1° quelle est la force probante des actes réguliers inscrits sur les registres de l'état civil, ou des registres mêmes de l'état civil? 2° quelle est la force probante des extraits délivrés conformément à l'article 45 du code? 3° quelle est la valeur des actes irréguliers?

153. I. De la force probante des actes réguliers inscrits sur les registres de l'état civil.

Tout ce qui se trouve énoncé dans un acte de l'état civil ne prouve pas avec la même force. Il faut distinguer :

1° Les faits qui se sont passés *devant* l'officier de l'état civil, qu'il déclare avoir vus et entendus, qu'il atteste *de visu et auditu;* par exemple, les faits qu'une *naissance* lui a été *déclarée,* qu'un mariage a été *célébré* devant lui, sont prouvés par l'acte *jusqu'à inscription de faux,* parce que ces faits sont constatés dans un acte authentique par un officier public ayant le droit d'instrumenter. (C. civ., art. 1317, 1319; C. de procéd. civ., art. 214; C. pén., art. 146; C. pén. b., art. 195.)

2° Quant aux faits *déclarés être tels* par les déclarants (n° 138), et que l'officier de l'état civil se borne à insérer sans les avoir *vus* lui-même, il y a controverse; par exemple, le fait *déclaré* par un accoucheur que telle femme est accouchée d'un enfant tel jour à telle heure.

Suivant quelques jurisconsultes, ces énonciations, qui sont l'œuvre des déclarants, n'ont force probante que jusqu'à la *preuve contraire,* et il n'est pas nécessaire de s'inscrire en faux pour en attaquer la force probante, par le motif que, si les déclarants n'ont pas dit la vérité, ils n'ont pas commis le crime de *faux,* mais simplement le crime de *faux témoignage* en matière civile,

(C. pen., art. 363; C. pén. b., art. 220) ou bien, le crime de supposition ou de substitution d'enfant (C. pén., art. 345; C. pén. b., art. 363-365).

D'après d'autres jurisconsultes, foi est due jusqu'à inscription de faux à ces énonciations lorsqu'elles sont émanées de personnes auxquelles la loi donne la mission spéciale de faire ces déclarations, par exemple à la déclaration de naissance faite par le père, ou le médecin, ou la sage-femme, ou la personne chez laquelle une femme est accouchée (art. 56), parce que ces personnes doivent être considérées comme des officiers de l'état civil pour ces faits.

D'autres, enfin, sont d'avis que les énonciations qui sont l'œuvre des déclarants prouvent jusqu'à l'inscription en faux, comme les faits attestés par l'officier de l'état civil lui-même. Car, dit-on, ceux qui se rendent coupables d'une fausse déclaration dans un acte de l'état civil commettent le *crime de faux* défini par l'article 147 du code pénal (C. pén. b., art. 196). « Seront punies des travaux forcés à temps », dit cet article, « toutes autres (que les fonctionnaires publics eux-mêmes) personnes qui auront commis un faux en écriture authentique et publique par addition ou *altération* de clauses, de *déclarations* ou de *faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater*. » Ce n'est pas parce que les déclarants ont un caractère d'officier public temporaire que leurs déclarations font foi jusqu'à inscription en faux; mais parce que, dans l'intérêt de la société et de la sécurité de l'état des citoyens, le législateur a exigé la vérité de la part des déclarants, et qu'il a sanctionné ce précepte par la peine des faussaires en écriture authentique. La fausse déclaration dans un acte de l'état civil ne constitue donc pas simplement le crime de faux témoignage. C'est en ce sens que se prononcent : Cass., 8 novembre 1852, et Gand, 2 mars 1853, B. J., t. 11, 285, 412; P., 1853, 1, 42; 1854, 1, 85, J. P., 1853, 214.)

Nous croyons que la *première* opinion est juste pour les motifs exposés au tome II, n°s 309-311. Car, quelle que soit la qualification que la loi pénale donne à une fausse déclaration, et quelles que soient les peines par lesquelles elle cherche à assurer la sincérité des déclarants, la déclaration n'est jamais que l'œuvre d'un particulier à qui la loi n'a pas attribué la mission de faire des

constatations authentiques, mission donnée exclusivement aux officiers publics. Et, même le fait attesté *de visu et auditu* par l'officier public n'a le caractère de l'authenticité que lorsqu'il est en même temps attesté par deux ou plusieurs témoins. La vérité du fait matériel déclaré à l'officier de l'état civil n'est attestée que par le déclarant seul, sans être confirmée par des témoins. (Voy. Conf. Laurent, t. II, n° 42.)

3° Les énonciations de faits que l'acte n'est pas destiné à prouver, et qui ne peuvent se prouver que par d'autres actes déterminés, n'ont *aucune* force probante; elles peuvent être combattues par de simples dénégations; par exemple, un enfant est déclaré né de tels père et mère *mariés*. L'énonciation du fait du mariage, que l'acte de naissance n'est pas destiné à établir, n'a aucune force probante. (Cass. B., 11 janvier 1866, P., 1866, 182; B. J., t. 24, 70.)

154. II. De la force probante des extraits des registres de l'état civil.

Tout ce qui vient d'être dit au n° 153 des actes de l'état civil s'applique aux extraits délivrés conformes aux registres et légalisés par le président du tribunal de première instance ou par le juge qui le remplace. Ils prouvent de la même manière que les originaux (art. 45). Cela n'est pas douteux lorsque les registres originaux n'existent plus (art. 1334, 1335). Mais même lorsque les registres originaux existent encore, les extraits délivrés et certifiés conformes aux registres par ceux qui en sont les dépositaires légaux et chargés d'en délivrer les extraits, font foi, jusqu'à l'inscription de faux, de leur conformité aux registres originaux. Car le dépositaire des registres, en délivrant un extrait et en le déclarant conforme à l'original, fait un acte authentique appartenant à ces fonctions; et il aura commis un faux, si l'acte n'est pas conforme à l'original (art. 45, 1319; C. de procéd. civ., art. 853; C. pén., art. 146; C. pén. b., art. 195). L'article 45 déroge à l'article 1334, et la partie à laquelle un extrait est opposé ne peut pas exiger la représentation de l'acte original, parce qu'il est facile à tout le monde de vérifier cette conformité, les registres de l'état civil étant *publics*. Le législateur a supposé que les parties se serviraient principalement des extraits, à cause de la difficulté de déplacer les registres mêmes. Celui qui veut attaquer la conformité

de l'extrait à l'original doit s'inscrire en faux, et prouver le faux.

En **France** et en **Belgique**, les juges de paix ne siégeant pas au chef-lieu de l'arrondissement peuvent aujourd'hui légaliser, concurremment avec le président du tribunal, les actes des notaires et ceux des officiers de l'état civil de leur canton. Le greffier a une rétribution de vingt-cinq centimes par légalisation. (L. franç. des 2-4 mai 1861; L. belge du 11 mai 1866.)

155. III. *Des actes irréguliers.* La loi prescrit les règles à observer dans la rédaction des actes et la tenue des registres de l'état civil, mais elle ne dit pas quel est le résultat de l'inobservation de ces règles et quelle est la valeur des actes irréguliers. On ne doit pas considérer toutes les formalités prescrites comme ayant la même importance. On doit admettre les règles suivantes :

1° Les actes de l'état civil ne font preuve qu'autant qu'ils ont été dressés par l'officier public compétent (art. 1317, 1318, 191).

2° Lorsque l'acte de l'état civil forme en même temps une des solennités constitutives d'un acte juridique (*solemnitatis, non solum probationis causa*), par exemple, l'acte de mariage, du divorce, la force probante du document est subordonnée à la validité même de l'acte juridique.

3° L'absence de formalités *substantielles* rend l'acte nul, donc sans force probante. La loi ne détermine pas quelles formalités sont substantielles. Il faut considérer comme telles la signature de l'officier de l'état civil et la présence des témoins réunissant les conditions requises. L'inobservation de formalités moins essentielles, par exemple le défaut d'énonciation de l'âge, du domicile ou de la profession des comparants, même le défaut de signature d'un comparant, ne rend pas l'acte nul. (Cass. fr., 28 novembre 1876, D. P., 1877, 1, 367; Laurent, t. II, n° 25, à la fin.) La loi a cherché dans d'autres moyens la sanction de ses préceptes d'une importance moindre (n° 151).

VI. DES CAS D'INEXISTENCE, DE PERTE OU DE DESTRUCTION DES REGISTRES DE L'ÉTAT CIVIL.

156. La loi doit pourvoir aux moyens de prouver l'état des citoyens; mais si des circonstances indépendantes de leur

volonté ont détruit ces moyens ou les ont empêchés d'exister, ils ne doivent pas être placés dans l'impossibilité de faire cette preuve. Le même principe est proclamé pour les obligations dans l'article 1348, alinéa 1, n° 4.

En règle générale, les faits qui servent de fondement à l'état civil ne peuvent être prouvés que par les actes inscrits sur les registres de l'état civil ou par les extraits de ces actes (n° 154; art. 46, 62, 194, 198, 266, 294, 319, 359).

Ce principe souffre exception lorsqu'il n'a pas existé de registres ou lorsqu'ils sont perdus (art. 46). L'article 46 du code est une reproduction presque littérale de l'article 14 du titre XX de l'ordonnance de 1667, que les anciens jurisconsultes n'interprétaient pas restrictivement, mais de manière à laisser aux magistrats un certain pouvoir discrétionnaire d'appréciation et d'extension. Par le même motif, l'article 46 n'est pas limitatif.

157. Ainsi, il faut, avec la jurisprudence et les auteurs, admettre la preuve exceptionnelle des faits de l'état civil, autrement que par les registres, non-seulement en cas d'inexistence *totale* et de perte de registres, mais encore :

1° Lorsque les registres *existent*, mais qu'ils sont mal tenus, sans ordre, pleins de lacunes, rédigés après coup et de mémoire.

2° Lorsque la destruction des registres est *partielle*, si plusieurs feuilles en ont été arrachées. (Demolombe, t. I, 322.)

158. Il y a plus de doute et de controverse dans le cas où les registres ont été en général régulièrement tenus, et que quelqu'un soutient qu'un acte isolé, qui aurait dû y être inscrit, a été omis. Dans ce cas, la preuve du fait que l'acte omis aurait dû constater peut encore se faire conformément à l'article 46, sauf disposition contraire de la loi, comme dans l'hypothèse de l'article 323 (*infrà*, n° 561). C'était l'opinion des commentateurs de l'ordonnance de 1667, opinion que les auteurs du code ont adoptée, ainsi qu'il résulte des discussions au conseil d'État. (Locré, t. III, 68.) De plus, cette opinion n'offre pas de dangers sérieux, puisque, en cas d'omission d'un acte, la preuve par témoins ou par d'autres titres du fait que cet acte aurait dû établir ne doit pas *nécessairement* être admise; les tribunaux *peuvent* l'admettre, s'il y a, d'ailleurs, *beaucoup de probabilités* que le fait, qui n'a pas été constaté sur les registres de l'état civil, a réellement eu lieu.

(Avis du cons. d'État, 8-12 brum. an XI (30 oct.-3 nov. 1802; Dalloz, N. *Rép.*, v° *Acte de l'état civil*, nos 148, 149; Gand, 22 mai 1840, aff. Diedens.)

159. Par les motifs exposés au numéro précédent, l'article 46 peut être également applicable lorsque l'acte de l'état civil a été inscrit sur une *feuille volante*. Au reste, l'acte rédigé conformément à toutes les règles de la loi (art. 34-42) n'est pas *nul* par cela *seul* qu'il a été écrit sur une feuille volante. (Toullier, t. I, 347.) Cette irrégularité entraîne à la charge de l'officier de l'état civil une condamnation d'un à trois mois d'emprisonnement et à une amende de 16 francs à 200 francs, et la responsabilité civile. (C. civ., art. 52; C. pén., art. 192, 195; d'après le C. pén. b., art. 263, huit jours à trois mois d'emprisonnement et une amende de 50 francs à 300 francs.) Toutefois, comme l'inscription sur une feuille volante constitue une irrégularité très-grave, elle peut, suivant les circonstances, enlever à l'acte toute sa force probante (n° 155, 3°), et alors les tribunaux pourraient admettre la preuve exceptionnelle de l'article 46.

160. Lorsqu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils sont perdus en tout ou en partie, ou mal tenus, ainsi que lorsqu'il y a omission d'un ou de quelques actes (nos 156-159), les mariages, naissances, décès ou autres faits relatifs à l'état civil peuvent être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins (art. 46). Ainsi, une *double* preuve est nécessaire dans l'hypothèse de cet article :

1° Il faut d'abord établir le fait de l'inexistence, de la perte ou de la mauvaise tenue des registres de l'état civil. *Cette* preuve *sera* reçue tant par titres que par témoins, c'est-à-dire, le juge doit nécessairement admettre l'offre de cette preuve, quand même on n'offrirait qu'une preuve par témoins. Le tribunal peut aussi faire une descente sur les lieux et se convaincre, par l'inspection, du mauvais état des registres. (C. de procéd., art. 295-301.)

2° Il faut prouver *le fait même* de mariage, naissance, décès ou autre. Cette preuve *peut* être faite *ou* par registres et papiers émanés des pères et mères décédés, *ou* par témoins. Il n'est pas nécessaire que ces deux moyens soient réunis. Mais les mots de la loi : « *les mariages, naissances*, etc., POURRONT *être prouvés* », démontrent que le juge a un pouvoir discrétionnaire d'admettre

ou de ne pas admettre la preuve appuyée sur l'un ou l'autre de ces moyens, et qu'il peut, par exemple, ne recevoir la preuve testimoniale que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, ou une grande probabilité du fait à prouver.

161. La disposition de l'article 46 sur la manière de faire la preuve dans les cas qu'il prévoit, n'est pas limitative. La preuve peut se faire aussi par des présomptions graves, précises et concordantes, puisque la preuve testimoniale est admissible (art. 1353). De même, la preuve peut être appuyée sur des papiers émanés des pères et mères *encore vivants*, ou sur des papiers de famille qui n'émanent pas des pères et mères, mais d'autres personnes; par exemple, sur des actes de partage authentiques ou sous seing privé, sur des délibérations des conseils de famille et autres analogues.

VII. DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL REÇUS EN PAYS ÉTRANGER (art. 47, 48).

162 Le code admet le principe : *Locus regit actum* tant à l'égard de la *force probante* qu'à l'égard de la *validité* des actes de l'état civil (voy. nos 74-76). Ainsi, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, est valable et fait foi en France s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays (art. 47). Car le législateur ne pouvait exiger pour ces actes les formes qu'il a établies pour les actes faits en France. (Chabot, *Rapp. au Trib.*, n° 12; Locré, t. III, 228.) L'acte prouve que le fait qu'il constate *a eu lieu*. Mais lorsque l'acte de l'état civil forme en même temps une des solennités constitutives d'un acte juridique (n° 155, 2°), cet acte n'est valable pour le Français qu'autant qu'il n'est pas contraire aux lois françaises (art. 3, alinéa 3; art. 170).

Pour que l'acte reçu en pays étranger fasse foi en France, il faut que la signature du fonctionnaire étranger ait été légalisée par l'agent diplomatique français résidant en ce pays.

163. Il résulte de l'esprit de l'article 47 que, si dans le pays où le fait relatif à l'état civil a eu lieu, la preuve peut en être reçue par témoins ou par des moyens autres que les registres de l'état civil, elle pourra se faire en France par les mêmes moyens.

(Cass. fr., 8 juin et 7 septembre 1809; Paris, 9 août 1813; Cass. fr., 13 janvier 1857, D. P., 1857, 1, 106.) Dans ce cas, le juge *doit* admettre la preuve par les mêmes moyens que ceux admis dans le pays étranger. Ce cas diffère de celui qui est indiquée au n° 160, 2°.

L'article 46 est applicable aussi lorsqu'il s'agit de prouver un fait passé dans un pays étranger où les registres de l'état civil n'ont pas existé, ou sont perdus ou mal tenus. (Demolombe, t. I, 328.) En ce cas, le juge a un pouvoir discrétionnaire d'apprécier les moyens de preuve (n° 160, 2°).

164. Les Français en pays étranger ont *deux moyens* de faire dresser les actes de *leur* état civil : ou par les fonctionnaires et suivant les formes du pays où ils se trouvent, ou par les agents diplomatiques ou les consuls français, conformément aux lois françaises.

Dans la première édition du code, les consuls étaient appelés *commissaires des relations commerciales de la république*, parce que le nom de *consuls* était donné par la constitution aux membres du gouvernement.

Voici probablement l'origine de l'article 48 :

« L'article 7 du titre III de la constitution de 1791 proclamant que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat « civil », certaines personnes prirent cet article à la lettre, et, sans attendre la loi organique qui était annoncée, se crurent autorisées à contracter mariage précisément comme dans l'ancienne comédie, c'est-à-dire, par devant notaire; on vit même, dit-on, des actes semblables rédigés par des huissiers. A l'étranger, on se maria aussi devant les consuls. On était habitué d'ailleurs à voir les consuls dresser des actes constatant des conventions civiles et commerciales entre Français, recevoir des testaments, exercer même dans certains cas le droit de juridiction; le tout en vertu d'anciennes ordonnances, surtout de celle du mois d'août 1681. Tous ces mariages contractés *antérieurement à la loi* du 20 septembre 1792 furent reconnus par cette loi (tit. IV, sect. 4, art. 9). Mais ces singuliers abus ont probablement fourni aux rédacteurs du code l'idée de confier aux agents diplomatiques et aux consuls le soin de dresser non-seulement les actes de mariage, mais tous les actes civils des Français en pays étranger. » (Valette, *Cours*, etc., p. 104-105.)

La *force probante* des actes faits en pays étranger et de ceux reçus par les agents diplomatiques et les consuls français est la même.

La *force probante* étant la même dans les deux cas, il n'en est pas ainsi en ce qui concerne la *validité*. Les agents diplomatiques français ne sont compétents que pour dresser les actes de l'état civil qui intéressent des Français. Ils ne peuvent pas faire ces actes lorsqu'ils n'intéressent *que les étrangers*, à moins que la législation du pays auquel appartiennent ces étrangers ne les déclare valables ou ne leur accorde force probante.

Presque tous les jurisconsultes sont d'accord que les agents diplomatiques français ne sont pas compétents non plus pour dresser des actes de l'état civil qui intéressent à la fois *un Français et un étranger;* par exemple, qu'ils ne peuvent pas célébrer le mariage entre un Français et une étrangère. (Zachariæ, § 61; Demol., t. I, 312; Valette, p. 105; Cass. fr., 10 août 1819; Brux., trib. civ., 8 nov. 1862, B. J., t. 21, 313.)

Sur l'intervention des consuls relativement aux actes de l'état civil des Français en pays étranger voy. l'ordonnance française du 23 octobre 1833.

165. Un acte est passé en *pays étranger* lorsqu'il a été fait en dehors du territoire français et sur un territoire ou à bord d'un vaisseau soumis à une souveraineté étrangère. L'acte est alors régi par les lois du pays dans lequel il a été fait, à moins qu'il n'ait été fait dans l'hôtel de l'agent diplomatique français et devant cet agent. Mais l'hôtel d'un ambassadeur d'une autre nation n'est pas censé être, pour le Français, le territoire de la *nation* que cet ambassadeur représente. La fiction d'exterritorialité n'a lieu qu'en faveur de l'agent diplomatique et des regnicoles de la nation qu'il représente, mais elle ne s'étend pas d'une manière générale et absolue à tous les actes de la vie civile pour tous les étrangers. Ainsi, par exemple, pour les actes posés par les Français en Angleterre, l'hôtel de l'ambassadeur de Prusse ne pourrait pas être considéré comme territoire de Prusse, et les actes ne pourraient pas y être passés par les Français dans la forme usitée en Prusse. Il faudrait passer ces actes dans la forme usitée en Angleterre. (Brux., 26 juillet 1853, Koppen c. de Robiano, P., 1854, 54, J. P., 1854, 281.)

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE (ART. 55-61).

I. RÈGLES GÉNÉRALES RELATIVES AUX ACTES DE NAISSANCE.

166. Le but de l'acte de naissance est de constater l'existence de l'homme, l'époque et le lieu où elle commence, son sexe, ses noms et sa filiation (art. 57, 319); mais cet acte n'est pas destiné à prouver la *légitimité* de l'enfant; c'est l'acte de mariage de ses père et mère qui la prouve.

167. 1° L'officier de l'état civil doit rédiger l'acte sur la déclaration de naissance qui doit lui être faite dans les trois jours de l'accouchement, et sur la présentation de l'enfant, laquelle peut avoir lieu chez l'officier de l'état civil, ou au domicile de la mère (art. 55). Le législateur a vu dans cette dernière mesure un moyen de rendre la fraude impossible ou du moins très-difficile. Le premier des trois jours est le lendemain de l'accouchement, mais le délai n'est pas un délai de trois jours francs. La déclaration doit être faite *avant* l'expiration du troisième jour, autrement la peine comminée par l'article 346 (C. pén. b., art. 361) du code pénal est encourue. Après l'expiration des trois jours, l'officier de l'état civil ne peut plus recevoir la déclaration de naissance, si ce n'est en vertu d'un jugement rendu contradictoirement avec les parties intéressées, et sur les conclusions du ministère public (art. 99; avis du cons. d'État, du 12 brum. an XI).

168. 2° La naissance de l'enfant doit être déclarée à l'officier de l'état civil de la commune par le père, ou, à défaut du père, c'est-à-dire si le père *ne la fait pas*, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement; et, lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle est accouchée (art. 56). L'omission de cette déclaration dans le délai de trois jours est punie d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de 16 francs à 300 francs (C. pén.,

art. 346); de huit jours à trois mois et d'une amende de 26 francs à 200 francs d'après le code pénal belge, article 361.

L'obligation prescrite par l'article 56 est imposée cumulativement à toutes les personnes qui ont assisté à l'accouchement. Si la déclaration ne se fait pas, la peine est encourue par *tous ceux qui ont assisté* à l'accouchement. (Bruxelles, 7 nov. 1850, B. J., t 14, 57 et la note, P. 1851, 175, J. P., 1851, 279; Cass. fr., 28 février 1867, D., 1867, 1, 190.) Toutefois, la question est controversée. Il a été décidé que la présence du père à l'accouchement exonère toutes autres personnes de l'obligation de déclarer la naissance. (Cass. fr., 12 nov. 1859, D., 60, 1, 50; Brux., 8 juin 1865, P., 1865, 393.)

169. 3° L'acte de naissance doit être rédigé de suite, immédiatement après la déclaration, en présence de deux témoins (art. 56, alinéa 2). Il doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les *prénoms* qui lui ont été donnés; il porte le nom de famille de son père ou de sa mère. On ne peut donner aux enfants que les prénoms en usage dans les différents calendriers et ceux qui se trouvent dans l'histoire ancienne. On ne peut changer de nom ou de prénom qu'avec l'autorisation du gouvernement. (L. du 11 germinal an XI.)

Un arrêté portant cette autorisation produit son effet par lui-même, sans l'intervention du tribunal. (Brux., trib. civ., 24 juin 1865, B J., t. 23, 871.)

L'acte de naissance doit énoncer, en outre, les prénoms, nom, profession et domicile des père et mère si l'enfant est légitime, et ceux des témoins (art. 57). Si l'acte concerne un enfant naturel, le nom du père ne peut y être inséré que de son consentement (art. 35, 62, 334, 340).

170. Mais le déclarant doit-il indiquer le nom de la mère de l'enfant naturel lorsqu'elle ne veut pas être connue? Cette question, très-controversée, doit être résolue négativement. Car la reconnaissance d'un enfant naturel doit être faite par un acte authentique, si elle n'a pas été faite dans son acte de naissance (art. 334). Cet article met sur la même ligne la reconnaissance faite par la mère et celle faite par le père. Ensuite, on ne comprendrait pas la portée de l'article 341, alinéa 1er, qui dit que la recherche de la maternité est admise, si le législateur avait voulu que le nom de

la mère fût toujours indiqué dans l'acte de naissance. Enfin, l'acte de naissance d'un enfant naturel n'est pas destiné, comme l'acte de naissance d'un enfant légitime, à prouver la filiation de cet enfant. L'insertion du nom de la mère serait donc sans importance juridique. (En sens contraire, voy. Cass., 14 nov. 1853, 10 juillet 1855; Gand, 12 déc. 1855, B. J., t. 12, 24, t. 13, 1118, t. 14, 75 et les notes; P., 1854, 10; 1855, 303; J. P., 1853, 508.)

En **Belgique**, la question dont il s'agit doit être décidée *affirmativement*, depuis la mise en vigueur du nouveau code pénal (15 octobre 1867). Car la pénalité comminée par l'article 361 frappe tous ceux qui n'ont pas fait la déclaration prescrite par les articles 55, 56 et 57 du code civil, tandis que l'article 346 du code pénal de 1810 ne fait mention que de l'article 56. L'article 57 a été ajouté pour mettre le code pénal en harmonie avec la doctrine de la cour de cassation et pour consacrer cette doctrine.

II. RÈGLES SPÉCIALES A QUELQUES CAS PARTICULIERS.

171. 1° Toute personne qui a trouvé un enfant nouveau-né est tenue, sous peine d'un emprisonnement de six jours à six mois et d'une amende de 16 francs à 300 francs, de le remettre à l'officier de l'état civil du lieu, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé, afin de mettre ceux à qui cet enfant appartient à même de le retrouver. L'officier de l'état civil doit en dresser un procès-verbal détaillé, qui énonce, en outre, l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal doit être inscrit sur les registres (art. 58; C. pén., art. 347; C. pén. b., art. 362; la peine est la même que celle de l'article 361; voy. n° 168, alinéa 1).

172. 2° S'il naît un enfant pendant un voyage de mer, l'acte de naissance doit être dressé en présence du père, s'il est à bord, et de deux témoins, sur les bâtiments de l'État, par l'officier d'administration de la marine, et sur les bâtiments privés, par le capitaine, maître ou patron du navire. L'acte doit être inscrit à la suite du rôle d'équipage. Au premier port où le bâtiment abordera, deux expéditions authentiques des actes de naissance doivent

être déposées : si c'est un port français, au bureau du préposé à l'inscription maritime; si c'est un port étranger, entre les mains du consul français. Une de ces expéditions doit être envoyée soit directement par le bureau d'inscription maritime, soit par l'intermédiaire du ministère, à l'officier de l'état civil du domicile du père de l'enfant, ou de la mère si le père est inconnu. Cette copie doit être transcrite sur les registres (art. 59-61).

En **Belgique**, le bureau du préposé à l'inscription maritime est remplacé par le bureau du commissaire maritime, et, à son défaut, du chef de l'administration locale. (Arr. du 4 mai 1826; L. du 27 septembre 1842, art. 1er.)

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE (ART. 63-76).

Les règles sur les actes de mariage et sur les formalités qui doivent précéder et accompagner le mariage seront exposées au titre V, *Du mariage*.

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE DÉCÈS (ART. 77-87).

I. RÈGLES GÉNÉRALES RELATIVES AUX ACTES DE DÉCÈS.

173. L'acte de décès est destiné à prouver qu'une personne a cessé d'exister. Il doit être dressé sur la déclaration de deux témoins, qui seront, s'il est possible, les deux plus proches parents ou voisins, ou, lorsqu'une personne est décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle est décédée et un parent ou autre (art. 78). Les *déclarants*, que cet article appelle *témoins*, peuvent en même temps être témoins de l'acte, s'ils réunissent les qualités requises à cet effet (nos 138, 141); mais ils

peuvent aussi être distincts des témoins de l'acte (art. 79). L'officier de l'état civil ne doit pas nécessairement s'assurer du décès *avant d'en dresser l'acte* (n° 175).

Aucune disposition générale ne prescrit le délai dans lequel les déclarations de décès seront faites ou les actes dressés. La loi du 20 septembre 1792, titre V, article 1er, ordonnait, et les articles 80, 84 et 86 du code ordonnent encore que, dans les cas auxquels ils se rapportent, la déclaration de décès sera faite et l'acte dressé de suite ou dans les vingt-quatre heures.

174. L'acte de décès doit contenir les prénoms, nom, âge profession et domicile de la personne décédée; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve; les prénoms, nom, âge, profession et domicile des déclarants, et, s'ils sont parents, leur degré de parenté; et, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, nom, profession et domicile des père et mère du décédé et le lieu de sa naissance, afin de mieux constater son identité (art. 79).

La loi n'exige pas que les actes énoncent le *jour* et l'*heure* du décès, bien que ces indications se trouvent dans les modèles envoyés par l'administration. L'énonciation contenant le *moment* du décès n'a aucune force probante, parce que l'officier de l'état civil n'a pas reçu de la loi la mission de le constater (n° 153, 3°). Le moment du décès peut avoir une influence décisive sur les droits d'autres personnes. La déclaration en ce qui concerne le moment du décès est trop facilement sujette à erreur pour servir de base lorsque les droits d'autrui en dépendent.

175. En ordonnant de constater les décès, le code prescrit en même temps quelques mesures de police contre les inhumations précipitées. Aucune inhumation ne peut être faite sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'état civil qui ne peut la délivrer *qu'après s'être transporté* auprès de la personne décédée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police (art. 77). Celui qui a fait une inhumation sans cette autorisation est passible d'une peine de six jours à deux mois (huit jours à deux mois) d'emprisonnement et d'une amende de 16 francs à 50 francs (26 francs à 300 francs). (C. pén., art. 358; C. pén. b., art. 315.) Les décrets des 23 prairial an XII et 4 thermidor an XIII

règlent ce qui concerne les sépultures et la police des inhumations.

176. En **Belgique**, la loi, afin de mettre les juges de paix à même de veiller aux intérêts des absents et des mineurs, et surtout de veiller à ce que tous les mineurs soient pourvus de tuteurs, prescrit aux officiers de l'état civil, sous peine d'une amende de 100 francs, et du double en cas de récidive, de donner, dans les vingt-quatre heures, connaissance de l'acte de décès au juge de paix du canton du domicile du décédé, en lui faisant connaître, autant que possible, s'il y a des héritiers mineurs ou absents. (L. du 16 décembre 1851, art. 2, addit. à 79 du C. civ.) Des mesures analogues avaient déjà été prescrites par les arrêtés du 22 prairial an v et du 31 juillet 1828.

De même, pour faciliter au gouvernement la perception des droits de succession, les officiers de l'état civil en Belgique doivent faire parvenir, avant le 5 de chaque mois, aux receveurs du droit de succession, les états des décès déclarés pendant le mois précédent. (Arr. du 29 janvier 1818.)

II. RÈGLES SPÉCIALES A QUELQUES CAS PARTICULIERS.

177. 1° En cas de décès dans les hôpitaux militaires, civils ou autres maisons publiques, les préposés à ces maisons doivent en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui doit s'y transporter pour s'assurer du décès et en dresser l'acte sur les déclarations qui lui ont été faites et sur les renseignements qu'il a pris. L'acte doit être inscrit sur le registre de la commune où le décès a eu lieu, et l'officier de l'état civil doit en envoyer une expédition à celui du dernier domicile de la personne décédée, qui doit l'inscrire sur les registres. En outre, dans lesdits hôpitaux et maisons, il sera tenu des registres destinés à inscrire les déclarations et renseignements sur lesquels l'acte a été dressé (art. 80). Mais ces registres n'ont pas de force probante. En cas de décès dans une prison, le concierge ou gardien doit en donner avis sur-le-champ à l'officier de l'état civil, qui doit s'y transporter pour rédiger l'acte de décès (art. 84).

178. 2° Lorsqu'il y a des signes ou indices de mort violente, l'inhumation ne peut avoir lieu qu'après qu'un officier de police, assisté d'un médecin, aura dressé procès-verbal de l'état du ca-

davre, des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il a pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile du décédé. L'officier de police doit envoyer à l'officier de l'état civil du lieu du décès tous ces renseignements, d'après lesquels l'acte de décès doit être dressé. Une expédition de cet acte doit être envoyée à l'officier de l'état civil du domicile de la personne décédée, s'il est connu, et être transcrite sur ces registres (art. 81, 82).

179. 3° En cas d'exécution d'un jugement portant peine de mort, le greffier criminel doit envoyer, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil du lieu de l'exécution, tous les renseignements énoncés dans l'article 79, d'après lesquels l'acte de décès doit être rédigé (art. 83).

180. Dans tous les cas de mort violente, ou dans les prisons ou maisons de réclusion, ou d'exécution à mort, il ne doit être fait sur les registres de décès aucune mention de ces circonstances, et les actes de décès seront rédigés dans les formes prescrites par l'article 79 (art. 85).

Anciennement, le procès-verbal d'exécution à mort était inscrit sur les registres. Déjà la loi du 21 janvier 1790 avait aboli cet usage. L'article 85 a pour but de ménager l'honneur et la réputation des familles et de ne pas perpétuer des souvenirs pénibles.

181. 4° En cas de décès pendant un voyage de mer, les règles relatives à la manière de dresser l'acte de naissance exposées au n° 172 s'appliquent à l'acte de décès (art. 86, 87).

182. 5° L'officier de l'état civil auquel on présente le cadavre d'un enfant pour lequel il n'a pas été fait d'acte de naissance doit en dresser un acte constatant que l'enfant lui a été présenté sans vie; il ne doit pas énoncer si l'enfant a vécu ou non. Il doit inscrire les noms, profession, etc., de celui qui l'a présenté, et l'époque de la présentation. Cette inscription doit être faite sur le registre des décès, s'il y a des registres particuliers. (Décret du 4 juillet 1806.)

183. 6° La loi n'a pas prévu le cas où des personnes ont péri dans un incendie, se sont noyées, ou ont été ensevelies dans des travaux souterrains, sans que les cadavres aient été retrouvés. Le décret du 3 janvier 1813, articles 18 et 19, renferme des dispositions particulières pour le cas où il y a eu un accident dans

une mine. Procès-verbal de l'accident doit être dressé conformément à l'article 81 du code, avant l'inhumation des cadavres, et sous les peines portées par les articles 358 et 359 du code pénal (C. pén. b., art. 345.) Si les cadavres ne peuvent pas être retrouvés, le maire ou un autre officier public doit constater cette circonstance, en dresser procès-verbal, le transmettre au procureur du roi, à la diligence duquel et sur l'autorisation du tribunal, cet acte sera annexé au registre de l'état civil. Ce procès-verbal tient lieu d'acte de décès.

On a appliqué cette disposition à d'autres accidents du même genre.

CHAPITRE V.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL CONCERNANT LES MILITAIRES HORS DU TERRITOIRE DU ROYAUME (ART 88-98).

184. Les militaires et employés de l'armée en exercice dans l'intérieur du royaume sont en tout soumis aux règles générales sur les actes de l'état civil prescrites pour tous les autres habitants. (Voy. avis du cons. d'État, appr. le 4e jour complém. an XIII.) Les articles 88-98 du code ne s'appliquent qu'aux militaires en expédition *hors du territoire*. Ce chapitre fut proposé et adopté sur la demande expresse du premier consul, qui partait du point de vue que les militaires, se trouvant sous les drapeaux hors du territoire, étaient censés être en France : « Où est le drapeau, là est la France. » (Locré, t. III, p. 96.)

185. « Art. 88. Les actes de l'état civil faits hors du territoire de la république, concernant des militaires ou autres personnes employées à la suite des armées, seront rédigés dans les formes prescrites par les dispositions précédentes; sauf les exceptions contenues dans les articles suivants.

« Art. 89. Le quartier-maître dans chaque corps d'un ou plusieurs bataillons ou escadrons, et le capitaine commandant dans les autres corps, rempliront les fonctions d'officiers de l'état civil :

ces mêmes fonctions seront remplies, pour les officiers sans troupes et pour les employés de l'armée, par l'inspecteur aux revues attaché à l'armée ou au corps d'armée. »

En **Belgique**, l'*inspecteur aux revues* est remplacé par l'*intendant militaire*.

« Art. 90. Il sera tenu, dans chaque corps de troupes, un registre pour les actes de l'état civil relatifs aux individus de ce corps, et un autre, à l'état-major de l'armée ou d'un corps d'armée, pour les actes civils relatifs aux officiers sans troupes et aux employés : ces registres seront conservés de la même manière que les autres registres des corps et états-majors, et déposés aux archives de la guerre, à la rentrée des corps ou armées sur le territoire de la république.

« Art. 91. Les registres seront cotés et parafés, dans chaque corps, par l'officier qui le commande; et, à l'état-major, par le chef de l'état-major général.

« Art. 92. Les déclarations de naissance à l'armée seront faites dans les dix jours qui suivront l'accouchement.

« Art. 93. L'officier chargé de la tenue du registre de l'état civil devra, dans les dix jours qui suivront l'inscription d'un acte de naissance audit registre, en adresser un extrait à l'officier de l'état civil du dernier domicile du père de l'enfant, ou de la mère, si le père est inconnu.

« Art. 94. Les publications de mariage des militaires et employés à la suite des armées seront faites au lieu de leur dernier domicile : elles seront mises, en outre, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps, pour les individus qui tiennent à un corps; et à celui de l'armée ou du corps d'armée, pour les officiers sans troupes, et pour les employés qui en font partie.

« Art. 95. Immédiatement après l'inscription sur le registre de l'acte de célébration du mariage, l'officier chargé de la tenue du registre en enverra une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux.

« Art. 96. Les actes de décès seront dressés, dans chaque corps, par le quartier-maître; et pour les officiers sans troupes et les employés, par l'inspecteur aux revues de l'armée, sur l'attestation de trois témoins; et l'extrait de ces registres sera en-

voyé, dans les dix jours, à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

« Art. 97. En cas de décès dans les hôpitaux militaires ambulants ou sédentaires, l'acte en sera rédigé par le directeur desdits hôpitaux, et envoyé au quartier-maître du corps, ou à l'inspecteur aux revues de l'armée ou du corps d'armée dont le décédé faisait partie : ces officiers en feront parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile du décédé.

« Art. 98. L'officier de l'état civil du domicile des parties auquel il aura été envoyé de l'armée expédition d'un acte de l'état civil, sera tenu de l'inscrire de suite sur les registres. »

CHAPITRE VI.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL. (Art. 99-101)

186. Il y a lieu à rectification lorsqu'un acte de l'état civil n'*exprime pas* ou exprime *mal* ce qu'il doit contenir, ou lorsqu'il exprime ce qu'il ne doit pas contenir. Donc : 1° s'il y a erreur ou omission dans l'indication des prénoms, noms, profession, âge, demeure, ou du degré de parenté des parties ou des autres personnes qui y sont dénommées, ou lorsqu'il y a une faute d'orthographe dans leurs noms ; 2° lorsque l'acte contient des indications qui n'ont pas été déclarées, ou qui ont été déclarées sans le consentement des parties intéressées ; par exemple, la paternité d'un enfant naturel.

On ne peut pas, sous prétexte de rectification, demander l'adjonction de prénoms non donnés lors de la déclaration de naissance. (L. du 11 germinal an XI) (n° 169). Si un acte de l'état civil est nul pour défaut de formalités substantielles et constitutives, par exemple, un mariage, on ne peut pas le rendre valable par une rectification.

On peut demander l'inscription sur les registres de l'état civil d'un acte qui a été omis, par exemple, à cause de la déclaration tardive, mais seulement en vertu d'un jugement rendu en grande

connaissance de cause de l'omission. (Avis du cons. d'État, des 8-12 brumaire an XI (30 oct.-3 nov. 1802.)

Il faut bien distinguer si la rectification de l'acte est l'objet principal ou seulement le corollaire d'une autre demande principale; ainsi la demande en rectification renfermerait une véritable *réclamation d'état,* si l'individu inscrit comme enfant naturel ou comme né de père et mère inconnus demandait à être inscrit comme fils légitime de tels père et mère (art. 323); elle serait un véritable *désaveu,* si le mari demandait que l'enfant inscrit sous son nom ne fût inscrit que comme enfant de sa femme (art. 312, 314). La rectification peut aussi être la conséquence d'un procès criminel (art. 198).

187. La rectification ne peut pas être *faite d'office,* par quelque autorité et dans quelque hypothèse que ce soit. (Avis du cons. d'État, des 12-13 nivôse an X (2-3 janv. 1802) et des 8-12 brum. an XI (30 oct.-3 nov. 1802). Elle doit *toujours* être demandée par les parties intéressées, c'est-à-dire par les personnes qui y ont un intérêt légal, soit pécuniaire, soit d'honneur ou de réputation, et exceptionnellement par le ministère public dans les circonstances qui intéressent l'ordre public. (Voy., sur ce dernier point, Orléans, 29 décembre 1860, D., 61, 2, 23 et la note.)

Elle doit être demandée devant le tribunal civil dans le ressort duquel se trouve la commune où est l'acte dont la rectification est requise. La forme de la procédure est prescrite par les articles 855-858 du code de procédure. Les parties intéressées, s'il y en a, seront appelées et le ministère public sera entendu (art. 99).

188. Le jugement de rectification est sujet à appel à introduire par requête. (C. civ., art. 99, 54; C. de proc., art. 858.) Il n'a pas d'effet à l'égard des parties qui ne l'ont pas requis ou qui n'y ont pas été appelées (art. 100, 1351). (Cass. fr., 28 juin 1815.) C'est pour cette raison que le juge peut ordonner que les parties intéressées seront appelées, et que le conseil de famille sera préalablement convoqué (C. de proc., art. 856), afin d'éviter de nouvelles contestations sur le même objet.

Aucun changement, aucune altération ne peut être faite dans le corps de l'acte rectifié; ce serait porter atteinte aux droits des personnes auxquelles le jugement ne peut pas être opposé. Les

jugements de rectification seront inscrits sur le registre courant, par l'officier de l'état civil, aussitôt qu'ils lui auront été remis, et mention en sera faite en marge de l'acte réformé (art. 101, 49; C. de procéd., art. 857; arrêté du 8 juin 1823). La mention en marge de l'acte réformé ne doit pas seulement avoir pour objet la date du jugement de rectification, mais elle doit contenir un extrait assez complet du jugement, afin que les parties qui demandent une copie de l'acte soient dispensées de lever l'expédition du jugement. (Avis du conseil d'État des 23 février-4 mars 1808.)

Un avis du conseil d'État, des 19-30 mars 1808, dispense les personnes qui veulent contracter mariage, de la nécessité de faire rectifier par les tribunaux les actes qu'elles doivent produire avant de se marier. Dans les cas où les noms des futurs époux ou de leur père ou mère ne seraient pas exacts, le témoignage des ascendants qui assistent au mariage, et qui attestent l'identité des personnes, doit suffire, ou, en cas de minorité, le témoignage du conseil de famille. En cas de décès des père et mère et autres ascendants, le témoignage de quatre témoins suffit.

TITRE III.

DU DOMICILE. (Art. 102-111.)

I. NOTION ET PRINCIPAUX EFFETS DU DOMICILE.

189. Le domicile est un lieu où une personne est, sous le rapport de ses droits et obligations, réputée toujours présente, bien que, de fait, elle puisse ne pas y résider. Le domicile constitue un rapport juridique et immatériel de l'homme avec un lieu, comme la propriété est un rapport de l'homme avec une chose. C'est ce qui distingue le domicile de la *résidence* ou de la simple *habitation* : le premier est *de fait* et *de droit*, le second est seulement *de fait*. L'un ne dépend pas de l'autre.

La plupart des dispositions du code, sur cette matière, étaient suivies dans l'ancien droit.

190. A cause des effets qui en dépendent, il importe de fixer le domicile d'une personne. Les principaux effets du domicile sont : de déterminer le tribunal devant lequel une personne doit être assignée en matière personnelle ou mobilière (*forum domicilii*, C. de procéd., art. 2, 59) et l'endroit où l'assignation doit être remise (C. de procéd., art. 68, 69, 8); de fixer le lieu où s'ouvre la succession (*forum hæreditatis*, art. 110, 822; C. de proc. art. 59, alinéa 6); de déterminer le tribunal compétent pour déclarer l'absence (art. 115), pour prononcer l'interdiction d'une personne (art. 492) et le lieu où le conseil de famille doit s'assembler (art. 406, 407); de fixer le lieu où une personne peut contracter mariage (art. 174, 166); d'influer sur la durée de la prescription dans certains cas (art. 2265); enfin, de déterminer le lieu où une personne peut exercer ses droits politiques.

191. Suivant les effets qui en résultent, on peut distinguer trois espèces de domicile : le domicile *civil*, le domicile *politique* ou le lieu où une personne exerce ses droits politiques, et le domicile de *secours* ou la commune dans laquelle un indigent a droit à des secours. (L. du 18 fév. 1845, art. 1, 3, 4.) Ce dernier appartient au droit administratif.

Le droit public français permettait d'exercer ses droits politiques dans une commune autre que celle où l'on avait son domicile réel, c'est ce qui explique les mots : *quant à l'exercice de ses droits civils*, dans l'article 102. (Const. de l'an VIII, art. 6.)

Le droit public belge n'admet pas la distinction entre le domicile politique et le domicile civil. Le Belge exerce ses droits politiques dans le lieu où il a son domicile civil ou réel. (L. élect. du 3 mars 1831, art. 19, alinéa 1 ; l. du 1er avril 1843, art. 4; l. comm. du 30 mars 1836, art. 7, n° 2; l. prov. du 30 avril 1836, art. 12, alinéa 1 ; l. sur le jury du 15 mai 1838, art. 1er, alinéa dern.)

Le domicile civil est ou : 1° le domicile *général* ou *réel* ; ou 2° le domicile *spécial* pour certains actes. Ce dernier peut être *volontaire*, par exemple, le domicile conventionnel ou élu (art. 111), ou *nécessaire*, par exemple, code de procédure, art. 422, 435,

559, 584, 780, 927; loi hypothécaire du 16 décembre 1851, art. 83, n° 5, etc.

Le domicile général peut être ou un domicile de *choix*, ou le domicile d'*origine*, ou bien le domicile *légal*.

II. DU DOMICILE RÉEL OU GÉNÉRAL.

192. Dans tous les actes où le domicile peut être de quelque importance, l'individu est censé se trouver présent à son domicile réel ou général, à moins que la loi ou une convention ne détermine un *autre* domicile spécial.

« Le domicile de tout Francais est le lieu où il a son principal établissement » (art. 102). « *Ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam destitit,* » dit la loi 7, C. *De incolis*, 10, 39. Le terme *établissement principal* doit être pris dans son acception la plus large, de manière à comprendre toutes les positions sociales si diverses et si variées. C'est en quelque sorte le *chef-lieu* de l'homme.

Lorsqu'une personne a plusieurs établissements principaux, et qu'il y a doute sur le lieu de son domicile, on peut, pour le déterminer, prendre en considération, soit isolément, soit réunis : sa résidence habituelle, l'établissement de son ménage, le séjour habituel de sa femme et de ses enfants; les actes dans lesquels elle a déclaré son domicile, l'acceptation de la compétence du tribunal; l'exercice de ses droits politiques et d'autres faits analogues.

193. Le code ne s'occupe pas de l'établissement *d'un premier domicile*, mais seulement du *changement* du domicile (art. 103, 104, etc.).

Le législateur est parti de l'idée que l'on a toujours un domicile, et qu'à défaut d'un autre, tout individu conserve son *domicile d'origine*, qui est celui de son père. Mais il est possible que le père n'ait pas eu de domicile fixe, qu'il ait eu une profession ambulante. Le domicile d'origine peut être entièrement inconnu; il peut être abandonné de fait et d'intention. On attribuerait alors difficilement au domicile d'origine tous, ou les principaux effets

indiqués au n° 190. Dans ce cas, il est plus rationnel d'attribuer les effets du domicile à la *résidence*. Plusieurs applications pratiques démontrent que c'est là aussi le système de la loi. (C. civ., art. 115; C. de proc. civ., art. 2, 69, n° 8; voy. Zach., § 141; Demol., I, 348.)

Le domicile étant le siége principal de l'homme et le lieu où il est présumé être toujours présent, il s'ensuit que, *de droit*, on ne peut pas avoir plusieurs domiciles *réels*. « Chaque individu ne peut avoir qu'*un* domicile, quoiqu'il puisse avoir plusieurs résidences, » disait Malherbe au Corps législatif. (Locré III, p. 451-452.) C'est pourquoi les articles 103 et 104 supposent l'abandon de l'ancien domicile lorsqu'on en choisit un nouveau. Les articles 115 et 116 du code civil, 2 et 59 du code de procédure opposent la *résidence* au domicile, mais n'admettent pas deux domiciles. L'article 110 du code civil, d'après lequel le lieu de l'ouverture de la succession est déterminé par le domicile, serait impraticable, s'il pouvait y avoir plusieurs domiciles. (Zach., § 142; Demol., I, 347.) La règle de l'unité du domicile n'est pas inconciliable avec la validité des assignations données ailleurs qu'au domicile, lorsque l'assignant a été induit en erreur sur le domicile de l'assigné, par le fait de ce dernier. (Voy. Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire*, § 1.)

D'après l'ancienne jurisprudence, on pouvait avoir plusieurs domiciles.

194. Tout individu, maître de ses droits, peut changer de domicile, si la loi ne lui assigne pas un domicile déterminé. Le domicile une fois établi, se conserve, jusqu'à ce qu'un changement ait eu lieu. Le changement s'opère par le fait d'une *habitation réelle* dans un autre lieu, joint à l'*intention* d'y fixer son principal établissement (*corpus et animus*) (art. 103). La réunion de ces *deux* conditions est indispensable à cet effet; l'une sans l'autre ne suffit pas. Ainsi, lorsqu'on réside dans un autre endroit, ou lorsqu'on y acquiert un établissement industriel ou commercial, on ne change pas de domicile, *sans* l'intention de changer; à plus forte raison l'acquisition d'un établissement sans résidence *réelle* n'entraîne-t-elle pas changement de domicile. (Cass. fr., 15 décembre 1874, D., 1875, 1, 384.) Le domicile se conserve par la seule intention. Cette intention est présumée,

De même, la *seule* intention ne suffit pas pour changer de domicile. Ainsi les deux déclarations mentionnées dans l'article 104 n'opéreraient pas changement de domicile, si la translation réelle n'avait pas eu lieu. (Cass. fr., 21 août et 17 déc. 1862, D., 1863, 1, 130; Paris, 1er fév. 1870, D., 1870, 2, 149.)

Le *fait* de translation du domicile peut se constater par tous les moyens de droit. L'*intention* se prouve par la déclaration expresse, faite tant à la municipalité du lieu qu'on veut quitter, qu'à celle du lieu où l'on a transféré son domicile; et à défaut de déclaration expresse, cette preuve peut résulter des circonstances (art. 104, 105). (Brux., 3 juin 1860, B. J., t. 19, 385.) Les circonstances qui peuvent guider sont entre autres celles mentionnées au n° 192. Le juge en est souverain appréciateur. Lorsque l'intention de changer de domicile est prouvée conformément à l'article 104, le juge du fond apprécie souverainement *en fait*, si l'intention a été suivie de la translation réelle du domicile.

Il n'est pas nécessaire que la nouvelle habitation ait eu une certaine durée pour que le domicile soit transféré.

Le fonctionnaire public temporaire ou révocable conserve le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire (art. 106). Le service militaire ne constitue qu'une fonction temporaire et révocable, même sous la loi du 16 juin 1836.

Si la déclaration ou les circonstances indiquent l'intention de quitter l'ancien domicile, mais non celle d'en acquérir un nouveau, l'ancien subsiste.

195. La loi attribue à certaines personnes un domicile d'une *manière absolue,* qui n'admet pas la preuve contraire; ces personnes ne peuvent pas avoir un autre domicile général que celui prescrit par la loi. Ce sont : 1° les fonctionnaires publics nommés à vie; ils ont leur domicile dans le lieu où ils doivent exercer leurs fonctions (art. 107). L'acceptation des fonctions résulte de la prestation de serment. C'est à partir du jour de cette prestation que le domicile est transféré. Pour opérer cet effet il ne suffit pas que la fonction soit conférée à vie; il faut aussi qu'elle soit irrévocable (arg., art. 106). (Brux., 30 janv. 1875, B. J., t. 33, 193.)

2° Le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère ou tuteur (art. 108). Le mineur qui a un tuteur autre que son père ou sa mère, a son domicile légal chez son tuteur

(art. 450). Car, c'est le *tuteur* qui le représente dans tous les actes de la vie civile.

3° Le majeur interdit a son domicile chez son tuteur (art. 108). Si le mari est interdit, et que sa femme ait été nommée sa tutrice (art. 507), le mari a son domicile chez sa femme.

4° L'individu interdit légalement par suite d'une condamnation à une peine (n° 130) a, pendant la durée de sa peine, son domicile chez son tuteur. (C. pén., art. 29; C. pén. b., art. 20-24.)

5° La femme mariée a son domicile chez son mari (art. 108). Toutefois la femme séparée de corps peut avoir un domicile distinct de celui de son mari. Car la séparation de corps a précisément pour effet de mettre un terme à l'obligation de la femme d'habiter avec son mari, obligation qui est le fondement de la règle de l'article 108 (voy. art. 214). De plus, il serait dangereux de confier au mari le soin des actes qui pourraient être signifiés à la femme, avec laquelle il vit souvent dans un état d'hostilité après la séparation. C'était aussi la doctrine de l'ancienne jurisprudence. (Valette sur Proudhon, I, 244; Laurent, t. 2, n° 85.) Toutefois, la question est controversée. En sens contraire se prononce Zachariæ, § 143. (Dijon, 24 janv. 1872, D., 1873, 2, 13; Cass. fr., 19 août 1872, D, 73, 1, 479.)

6° Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui ont le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison (art. 109). Le mineur ou la femme mariée qui sert habituellement chez autrui, a son domicile chez son père, ou chez son mari (art. 108).

196. L'article 102 dit : Le domicile de tout *Français* est au lieu où il a son principal établissement. De là quelques jurisconsultes ont conclu que l'*étranger* ne peut pas avoir de domicile en France, ou qu'il ne peut l'avoir que s'il est autorisé à fixer son domicile en France en vertu de l'article 13 du code. (Demolombe, I, 268; Cass. fr., 12 janv. 1869, D., 1869, 1, 294; Paris, 29 juin 1872, D., 1872, 2, 223; Bordeaux, 6 août 1872, D., 1873, 2, 149.) Mais la loi ne prévoit que ce qui arrive ordinairement; elle fait la loi pour les Français. Si elle dit ici « le *domicile de tout Français*, etc., » c'est pour fixer le lieu du domicile civil, en le

distinguant du domicile *politique*. Or, cette distinction est inapplicable à l'étranger. (Valette, p. 126 et 129; Cass. fr., 7 juillet 1874, D., 1875, 1, 271; Laurent, t. 2, n° 68.)

III. DU DOMICILE SPÉCIAL (art. 111).

197. Le domicile spécial est ou *nécessaire*, lorsque la loi prescrit l'élection du domicile pour certains actes, ou *volontaire*. L'article 111 ne traite que de ce dernier. Lorsqu'un acte contient, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile.

L'élection de domicile peut être faite dans l'acte qui contient la convention, ou dans un acte postérieur.

Elle consiste en ce que les parties, ou l'une d'elles, indiquent une personne autorisée à recevoir les significations. Cette personne, si elle accepte cette élection de domicile, est mandataire pour recevoir les significations. Lorsque ce mandataire vient à décéder, ou refuse le mandat, ou que le mandat finit par une autre cause, celui qui a élu domicile doit le remplacer par un autre dans le même endroit.

L'élection du domicile, étant dérogatoire aux règles de la juridiction, doit être expresse. La simple indication du lieu où l'obligation doit être exécutée, ne renferme pas élection de domicile, excepté en matière de commerce. (C. de proc., art. 420.)

198. L'élection de domicile est une clause de la convention faite entre les parties. De là il suit : 1° que l'élection de domicile ne peut être révoquée que du consentement des deux parties; 2° que le domicile élu continue après la mort de celui qui l'a élu, et qu'il passe à ses successeurs (art. 1122); 3° que, si l'on a élu domicile dans le lieu de son domicile réel, le premier subsiste, même quand le dernier serait changé; 4° que l'élection de domicile n'a aucun effet à l'égard des tiers, qui ne sont pas parties dans la convention (art. 1165); 5° qu'on peut avoir autant de domiciles élus que l'on peut faire de conventions.

199. Les effets de l'élection de domicile dépendent de l'intention des parties. Si le domicile a été élu dans l'intérêt des deux parties, ou dans l'intérêt exclusif du débiteur, le créancier ne peut l'assigner que devant le tribunal du domicile élu. Si l'élection a été faite dans l'intérêt du créancier seul, il lui est facultatif d'assigner le débiteur devant le tribunal du domicile élu ou devant celui de son domicile réel.

D'après l'article 111, les significations peuvent être *faites au domicile élu et devant le juge de ce domicile.* Les parties sont libres de déroger à cette disposition, et de n'attacher à l'élection de domicile que l'un ou l'autre de ces effets.

TITRE IV.

DES ABSENTS.

I. SOURCES ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

200. Le droit romain n'offre presque pas de décisions sur cette matière; les coutumes en contenaient peu et, avant le code, elle n'a été l'objet d'aucune loi générale en France. La jurisprudence a formé quelques règles sur l'absence; mais elle était très-variée et très-incertaine. Les anciens jurisconsultes étaient d'accord, « qu'il n'y avait point de matière qui eût plus besoin d'un règlement que celle-ci ». (*Bretonnier, Quest.*, v° *Absent*, introduction.)

Dans les temps plus anciens l'absent *était présumé vivant* jusqu'à ce qu'il eût atteint l'âge de cent ans. Cette règle était fondée sur ce que l'homme était présumé vivre cent ans, présomption admise parce qu'une loi romaine, le fr. 56. D. *de Usufructu*, 7, 1, dit que c'est là la durée de la vie d'un homme qui vit très-vieux. Cette doctrine, qualifiée de « *vieille erreur,* » par Pothier, Introduction au titre XVII de la coutume d'Orléans, n° 4, fut abandonnée et on adopta le principe que, jusqu'à ce qu'il se soit écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, *il n'est ni présumé vivant ni pré-*

sumé mort; que c'est à ceux qui ont intérêt à l'un ou à l'autre à le prouver.

Pour pourvoir à l'administration du patrimoine d'un absent, on nommait d'abord un curateur. Au bout d'un certain temps, qui variait de 3, 7, 9 ou 10 ans, ceux qui étaient ses héritiers présomptifs au jour de la disparition, ou, selon d'autres jurisconsultes, au jour de la mise en possession, étaient mis provisoirement en possession de ses biens. Cette possession donnait aux héritiers présomptifs le droit d'administrer les biens de l'absent, et leur imposait l'obligation de les restituer, s'il revenait.

Les ayants cause de l'absent ne pouvaient exercer de son chef les droits subordonnés à la condition de son existence, par exemple, s'il avait hérité ou s'il avait été institué légataire. Ceux qui avaient des droits subordonnés à son décès ne pouvaient les exercer qu'à l'expiration de cent ans depuis sa naissance. Jusqu'alors ces droits étaient suspendus. Ainsi le testament de l'absent n'était pas exécuté plus tôt; les legs faits par ce testament pouvaient devenir caducs par le décès des légataires avant cette époque, etc.

Le droit romain et le droit canon défendaient au conjoint de l'absent de contracter une seconde union, à moins qu'il n'eût la nouvelle certaine du décès de l'absent. (Novella Just., 117, cap. XI; cap. 19, X, *De sponsalibus et matrimoniis,* IV, 1.) Suivant Pothier, la présomption de mort résultant de l'âge de cent ans, suffisait.

Le droit romain permettait aux enfants de se marier sans l'autorisation de leur père, si ce dernier avait été absent pendant plus de trois ans et s'il y avait de l'incertitude sur son existence. Fr. 9, § 1, fr. 10, 11, D. *De ritu nuptiarum,* 23, 2.

Les rédacteurs du code ont fait beaucoup d'innovations dans cette matière. La distinction entre l'absence présumée et l'absence déclarée est une idée nouvelle.

II. NOTIONS PRÉLIMINAIRES ET PRINCIPES GÉNÉRAUX.

201. *Absent,* dans le sens de ce titre, est celui qui a disparu de son domicile ou de sa résidence habituelle, et *sur l'existence duquel il y a incertitude*. Absent, en sens général, ou *non présent* est celui qui n'est pas présent dans un lieu déterminé, où un droit

doit être excercé par lui ou contre lui. La non-présence d'un individu produit aussi des effets juridiques, par exemple : code civil, art. 819, 840; code de procédure, art. 928, 942, 943; code d'instruction criminelle, art. 465. Le terme *absent* a une signification toute spéciale dans les articles 2265, 2266.

202. Voici les principes généraux du code, qui peuvent servir de base pour l'interprétation de ses dispositions.

La loi protége les intérêts de l'absent, sans toutefois le troubler dans l'usage de son droit de propriété, et sans s'immiscer dans ses affaires, s'il n'y a pas nécessité. Elle concilie, autant que possible, les intérêts des absents et les intérêts des personnes présentes, quand ils se lient d'une manière quelconque à ceux des absents. L'absent n'est présumé ni mort ni vivant; sa vie et sa mort sont incertaines. Toutefois, à mesure que l'absence se prolonge, la présomption de la mort gagne plus de force. Bien que la vie et la mort soient incertaines, les effets de l'absence sont différents, suivant que la probabilité de vie l'emporte sur celle de mort, ou la probabilité de mort sur celle de vie. A mesure que la mort de l'absent devient plus probable, la sollicitude des lois devient plus grande pour les intérêts des personnes présentes, et elle s'éloigne de l'intérêt de l'absent. En partant de ces points de vue, le législateur distingue trois époques de l'absence :

1° La présomption d'absence (art. 112, 114). L'absent est réputé plutôt *vivant* que mort. Les mesures que la loi prescrit ont pour but la conservation de son patrimoine. La sollicitude pour son intérêt l'emporte.

2° La déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs. L'un et l'autre ont lieu après l'expiration d'un certain temps; la probabilité de vie ne l'emporte déjà plus; les héritiers présomptifs et les autres successeurs de l'absent prennent déjà possession de son patrimoine. Toutefois le législateur prescrit les garanties nécessaires pour conserver encore le patrimoine de l'absent. Pendant cette seconde période, la probabilité de vie et la probabilité de mort ont une force égale.

3° L'envoi en possession définitif. Lorsque la déclaration d'absence a duré pendant un certain nombre d'années, la présomption de la mort l'emporte sur celle de la vie. Le législateur accorde

plus de faveur aux intérêts des personnes présentes, qu'à l'intérêt de l'absent; aucune mesure n'est plus prescrite pour la conservation de son patrimoine.

CHAPITRE I.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE. (Art. 112-114.)

I. DES MESURES A PRENDRE DANS L'INTÉRÊT DES PRÉSUMÉS ABSENTS.

203. Une personne est présumée absente lorsqu'elle a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence ordinaire, sans qu'on ait de ses nouvelles (art. 115, n° 201). Le juge doit apprécier les circonstances pour décider s'il y a réellement *absence* dans le sens de la loi. S'il y a absence, il faut distinguer :

1° L'absent a laissé une procuration. Le mandataire continue l'administration.

2° Il n'a pas laissé de mandataire, ou la procuration vient à cesser; ou bien le fondé de pouvoir ne remplit pas bien ses fonctions; ou il a des intérêts opposés à ceux de l'absent. Le tribunal statuera s'il y a lieu d'ordonner des mesures pour l'administration des biens du présumé absent (art. 112). C'est le tribunal de première instance du dernier domicile ou de la dernière résidence de l'absent, qui est seul compétent pour statuer sur ces mesures, parce qu'il est le meilleur juge des circonstances qui ont pu causer l'absence. Mais une fois que ce tribunal aura décrété qu'il y a nécessité de prendre certaines mesures, chaque tribunal peut, d'après ce jugement, pourvoir à l'administration des biens situés dans son ressort. (Locré, IV, 86.) Le tribunal apprécie *s'il y a* nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent, *quelles* mesures il y a lieu de prendre et quelle étendue il faudrait leur donner. Il doit, autant que possible, éviter d'imposer de nouvelles obligations à l'absent, par exemple, des frais d'administration. Le tribunal *peut* nommer un *curateur* et fixer ses attributions; mais cette nomination n'est pas nécessaire. Déjà l'ordon-

nance de 1667 avait aboli la nécessité de nommer un curateur aux absents, laquelle existait auparavant.

En **Belgique,** d'après la loi du 20 décembre 1823, les personnes qui, en vertu des articles 112 et 113 du code civil, ont reçu des deniers appartenant à des présumés absents, doivent les verser dans la caisse des consignations judiciaires.

204. Le tribunal ne peut pas statuer *d'office* sur les mesures à prendre dans l'intérêt de l'absent. Elles peuvent être provoquées 1° par les parties intéressées; 2° par le ministère public.

1° Parties intéressées sont toutes les personnes qui ont un intérêt légal, soit *actuel,* soit *conditionnel,* à ce que ces mesures soient prises; ainsi tous ceux qui ont des droits à faire valoir contre l'absent, par exemple, ses créanciers, ses associés; ou ceux qui ont des obligations à remplir envers lui. Un simple intérêt d'affection ne suffit pas. Ceux qui ont des droits conditionnels contre lui peuvent aussi provoquer ces mesures (art. 1180).

Les héritiers présomptifs de l'absent ont aussi qualité pour provoquer des mesures administratives. Car leur droit de demander un jour l'envoi en possession provisoire ou définitif est un véritable *droit conditionnel,* donc actuel, qui a pris naissance au jour de la disparition de l'absent (art. 120), et dont la réalisation dépend de la condition suspensive de la continuation de l'absence. Les héritiers présomptifs n'ont donc pas seulement, comme on l'a dit, une simple *espérance* ou *expectative*. Leur droit *conditionnel* est transmissible à leurs héritiers (art. 1179,1180). (Zach., § 149; Valette sur Proudhon, t. I, 257; Demolombe, t. II,26. En sens contraire : Toullier, t. I, 394; Duranton, t, I. 401.)

L'époux de l'absent peut aussi demander ces mesures.

2° Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes (art. 114). Non-seulement il doit être entendu dans ses *conclusions* sur toutes les demandes concernant les absents (C. civ., art. 114, 116, 126; C. de proc., art. 83, n° 7), mais il peut aussi procéder par voie d'*action principale*, et provoquer des mesures relatives à l'administration de leurs biens; autrement la première moitié de l'article 114 serait inutile. (Zachariæ, § 149, note 5; Metz, 15 mars 1823.)

L'article 859 du code de procédure prescrit la procédure à suivre en cette matière.

Lorsqu'un Belge résidant en pays étranger est absent, le consul belge doit faire, dans les limites des usages reçus dans ce pays et des conventions diplomatiques, tous les actes conservatoires des intérêts de l'absent. (L. du 31 déc. 1851, art. 13.)

205. Lorsqu'un droit *s'était déjà ouvert* au profit d'un présumé absent *avant* sa disparition, et que l'absent n'a pas laissé de mandataire général ou spécial pour cette affaire, le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, c'est-à-dire de celle qui agit la première, doit commettre un notaire pour le représenter dans les inventaires, comptes, partages et liquidations auxquels ce droit peut donner lieu (art. 113). Le notaire commis doit veiller à la conservation des droits et des intérêts de celui qu'il représente.

II. DU RETOUR DE L'ABSENT PRÉSUMÉ ET DE LA PREUVE DE SON DÉCÈS.

206. Si la personne présumée absente donne de ses nouvelles, sans ordonner des dispositions relatives à ses biens, les mesures décrétées en vertu de l'article 112 (n° 203) continuent; celles ordonnées par l'absent lui-même doivent être exécutées. Si ces dispositions ne suffisent pas pour l'administration de ses biens, celles décrétées par le tribunal peuvent être continuées en tout ou en partie (arg., art. 131).

Dans le cas où l'absent reparaît, les mesures mentionnées au n° 203 cessent, et il reprend l'administration de ses biens (art. 131). Si un curateur a été nommé, les actes faits par lui lient l'absent; il l'a représenté dans tous les actes compris dans les limites de ses pouvoirs fixés par le tribunal. Les actes qui dépassent ces limites peuvent être déclarés nuls, surtout s'ils sont contraires à l'intérêt de l'absent. (Liége, 8 janv. 1848, B. J., t. 6, 1200; P., 1848, 111.)

207. Si le décès de l'absent est prouvé, sa succession est ouverte au profit de ses héritiers les plus proches au jour de son décès (art. 130).

CHAPITRE II.

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

I. QUAND LA DÉCLARATION D'ABSENCE PEUT ÊTRE DEMANDÉE.

208. L'époque où le jugement qui a pourvu à l'administration des biens de l'absent a été prononcé, est sans influence sur l'époque où la *déclaration* d'absence peut être poursuivie. Car il est possible qu'une personne ait été absente depuis longtemps, sans qu'il ait été même pourvu à l'administration de ses biens.

Il faut distinguer deux cas principaux : ou l'absent n'a pas laissé de procuration, ou il en a laissé une.

209. 1° L'absent n'a pas laissé de procuration. La déclaration d'absence peut être poursuivie si, depuis quatre ans, à partir de la disparition de l'absent, on n'a point eu de ses nouvelles (art. 115).

210. 2° L'absent a laissé une procuration. Ses héritiers présomptifs ne peuvent poursuivre la déclaration d'absence qu'après dix années révolues depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles (art. 121). Il importe peu que la procuration ait été donnée pour dix ans, ou pour un temps plus long, ou pour un temps indéfini.

Le motif de cette disposition, c'est que l'absent qui a laissé une procuration, a prévu un éloignement d'une certaine durée, ce qui écarte la présomption du décès ; ensuite, c'est que l'administrateur constitué par la volonté de l'absent doit être préféré à celui que la loi pourrait lui donner. (Locré, t. IV, 63.) C'est par le premier de ces motifs que la déclaration d'absence ne peut être poursuivie qu'après dix ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles, quand même la procuration viendrait à cesser avant l'expiration de ce délai, sauf alors à pourvoir à l'administration des biens de l'absent comme il a été dit au n° 203 (art. 122).

Il faut encore se prononcer pour la même opinion dans le cas où la procuration a été donnée pour un temps moindre de dix

ans, et où elle cesse par l'expiration du terme. Car la loi ne distingue pas pour *quelle cause* la procuration est venue à cesser. On ne doit donc pas admettre que, dans ce cas, la demande en déclaration d'absence puisse être faite *quatre ans* après l'expiration de la procuration.

211. Pour que la demande en déclaration d'absence soit suspendue pendant dix ans, il faut décider, en principe, qu'une procuration spéciale suffit. La loi ne distingue pas, et comme il s'agit de prendre des mesures exceptionnelles, de disposer des biens de l'absent, donc de la propriété d'autrui, il faut interpréter la loi restrictivement. Toutefois, si la procuration était tellement spéciale, qu'elle n'impliquât aucune idée d'éloignement, par exemple une procuration de paraître devant le tribunal de commerce pour une affaire, elle n'aurait pas cet effet. C'est une question d'appréciation du magistrat. (Valette sur Proudh., t. I, p. 273; Demol., t. II, n° 55.)

212. Les quatre ou dix ans, après lesquels la déclaration d'absence peut être poursuivie, commencent à courir du jour de la *date* des dernières lettres ou nouvelles, et non du jour de l'*arrivée* de ces nouvelles à leur destination. Car l'incertitude sur la vie et la mort de l'absent a commencé immédiatement après la *date* de ses dernières nouvelles, indépendamment de leur arrivée à destination. (Valette sur Proudh., t. I, p. 271 ; Demol., t. II, 57; Laurent, t. II, n° 156. En sens contraire : Duranton, t. I, 414; Zach., § 151, n° 4.)

II. PAR QUI LA DÉCLARATION D'ABSENCE PEUT ÊTRE DEMANDÉE.

213. La déclaration d'absence peut être poursuivie par les parties intéressées (art. 115). Les parties intéressées sont toutes les personnes qui ont à exercer sur le patrimoine de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès (art. 123); donc, ses héritiers présomptifs, son conjoint (art. 140); ses légataires universels et particuliers, ses donataires par contrat de mariage; l'appelé à une substitution dont l'absent était grevé, l'ascendant donateur (art. 747); le donateur avec stipulation de retour, le nu-propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit; l'enfant naturel; l'État, quand il n'y a pas de parents.

Les créanciers de l'absent n'ont pas ce droit, parce qu'ils n'ont aucun intérêt à ce que ses héritiers présomptifs soient envoyés en possession de ses biens. Ils peuvent poursuivre leurs droits contre l'administrateur des biens de l'absent. Les débiteurs de l'absent n'y ont pas d'intérêt non plus.

Tout héritier présomptif peut demander la déclaration d'absence, quand même il ne serait pas le plus proche, et sa demande ne peut pas être contestée sous prétexte qu'il n'est pas l'héritier le plus proche.

Le ministère public ne peut pas provoquer la déclaration d'absence, parce qu'elle n'est pas dans l'intérêt de l'absent (arg., art. 114). Il est le contradicteur à la demande en déclaration d'absence (art. 116).

214. Suivant quelques jurisconsultes, les *héritiers présomptifs seuls* peuvent demander la déclaration d'absence, et les autres personnes qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent ne peuvent les exercer qu'après que les héritiers présomptifs *auront obtenu l'envoi en possession provisoire* (art. 123). Mais la possibilité que ces personnes ne profiteront pas des effets de la déclaration d'absence ne leur ôte pas le droit de la provoquer. De plus, l'article 123 n'est qu'énonciatif et non limitatif. Les personnes indiquées ne sont pas privées d'une manière absolue de la faculté d'exercer leurs droits quand les héritiers refuseraient de demander l'envoi en possession.

III. COMMENT LA DÉCLARATION D'ABSENCE DOIT ÊTRE POURSUIVIE ET PRONONCÉE.

215. La demande doit être introduite par requête adressée au président du tribunal de première instance du domicile ou de la résidence de l'absent (art. 115, 116; C. de procéd., art. 859, 860). Sur cette requête, le président commet un juge pour faire un rapport à un jour indiqué. Le ministère public est entendu, et le tribunal rend un jugement qui ordonne qu'une enquête soit faite contradictoirement avec le procureur du roi, dans l'arrondissement du domicile de l'absent et dans celui de sa résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre. Ce jugement est envoyé au ministre de la justice qui doit le rendre public par l'insertion dans

le *Moniteur* (art. 116, 118; arrêté du 19 janvier 1815). L'enquête se fait dans les formes des articles 252-294 du code de procédure. Elle est de rigueur, quand même l'absence paraîtrait très-vraisemblable suivant d'autres preuves. Par dérogation à l'article 283 du code de procédure civile, les parents, les héritiers présomptifs et les serviteurs de l'absent peuvent être entendus dans cette enquête. (Demol., t. II, 66.)

Le jugement ne doit pas nécessairement prononcer la déclaration d'absence. En statuant sur la demande, le tribunal doit avoir égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de la personne présumée absente (art. 117). Mais le jugement qui *déclare l'absence* ne peut être rendu qu'un an après le jugement qui a ordonné l'enquête (art. 119). Le jugement définitif doit être aussi publié, en **Belgique**, par l'insertion au *Moniteur* (art. 118). Cette publicité n'est pas prescrite à peine de nullité. (Nîmes, 14 janvier 1878, D., 1878, 2, 62.)

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE.

216. La déclaration d'absence exerce des effets relativement aux biens appartenant à l'absent, relativement aux droits éventuels qui peuvent lui compéter, et relativement à son mariage.

SECTION PREMIÈRE.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX BIENS QUE L'ABSENT POSSÉDAIT AU JOUR DE SA DISPARITION.

I. DE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE.

A. *Conditions requises.*

217. 1° Qui peut demander l'envoi en possession provisoire? En principe, tous ceux qui peuvent demander la déclaration d'absence (n°s 213, 214) (art. 120). L'article 120 accorde ce droit à

ceux qui sont héritiers présomptifs de l'absent *au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles,* c'est-à-dire à la *date* de ses dernières nouvelles ou au moment où l'absent a donné le dernier signe de vie (n° 212), et non ceux qui sont ses héritiers présomptifs au jour de la demande ou du jugement de déclaration d'absence. Par exemple, Pierre a disparu le 1[er] décembre 1844; ses héritiers présomptifs *alors* étaient ses deux cousins germains, Paul et Jean. Jean est mort en 1846, laissant des enfants; l'absence de Pierre a été déclarée le 1[er] juin 1850; ses héritiers présomptifs qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire, bien qu'il n'y ait pas représentation en ligne collatérale, sont: Paul et les enfants de Jean. Les héritiers existant au jour de la disparition ou des dernières nouvelles ont *transmis leur droit* à leurs héritiers.

Le terme *héritiers* comprend aussi les successeurs *irréguliers,* l'enfant naturel, l'époux, l'État (arg., art. 140, 756, 767, 768).

Pour demander l'envoi en possession provisoire, il n'est pas nécessaire que l'on soit l'héritier présomptif *le plus proche* de l'absent. Le demandeur ne doit prouver qu'il est l'héritier plus proche, que lorsque l'envoi en possession lui est disputé par un autre héritier de l'absent.

218. Lorsque les héritiers présomptifs ont obtenu l'envoi en possession, il y a quasi-ouverture de succession (art. 123). Le testament de l'absent, s'il en existe un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées. Les personnes qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent peuvent poursuivre l'exercice provisoire de leurs droits contre les envoyés en possession (art. 123) (n° 214). Mais si l'absent n'a pas laissé d'héritiers présomptifs connus, ou si ceux-ci ne demandent pas ou ne veulent pas demander l'envoi en possession, tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent peuvent s'adresser directement au tribunal pour demander à exercer provisoirement les droits qui leur appartiennent. L'article 123, en disant : *Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession provisoire,* fixe plutôt l'*époque* de l'exercice des droits des personnes y mentionnées qu'il ne le fait dépendre d'une *condition.* (Demol., t. II, 75; Laurent, t. II, n° 165.)

219. Les créanciers des héritiers présomptifs ou des autres

parties intéressées ayant qualité pour demander l'envoi en possession ont le droit d'exercer cette action pour leurs débiteurs, pourvu qu'ils offrent d'accomplir les conditions et les charges de cet envoi, et qu'ils le demandent dans les limites dans lesquelles leurs débiteurs eux-mêmes peuvent l'exercer (art. 1166; Demolombe, t. II, 78). La question est controversée.

220. 2° Quels biens peuvent être objet de l'envoi en possession? Ce sont tous les biens et les droits purs et simples ou *conditionnels* qui appartiennent à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles; donc aussi la possession *ad usucapiendum* commencée par lui, mais non encore achevée. Mais les droits *éventuels* qui se sont ouverts depuis sa disparition n'y sont pas compris (voy. *infrà*, section II). Les fruits échus depuis la disparition sont aussi l'objet de l'envoi en possession (art. 126, alinéa 2). Mais ces fruits n'appartiennent pas aux envoyés en possession comme *fruits* (art. 127); ils les reçoivent à titre de *capital* qu'ils doivent conserver.

221. 3° Comment l'envoi en possession doit-il être demandé? La demande d'envoi en possession peut être faite cumulativement avec la demande en déclaration d'absence, ou séparément et en vertu du jugement qui a déclaré l'absence. Dans le premier cas, le tribunal peut statuer par un seul et même jugement sur la déclaration d'absence et sur l'envoi en possession. S'il y a un intervalle entre la déclaration d'absence et la demande d'envoi en possession, les mesures d'administration décrétées en vertu de l'article 112 peuvent être continuées (n° 203). L'envoi en possession est demandé dans la même forme que la déclaration d'absence (n° 215).

B. *Des effets de l'envoi en possession provisoire.*

222. Il faut examiner les effets de l'envoi en possession provisoire : 1° dans les rapports des envoyés en possession avec l'absent; 2° dans les rapports des envoyés en possession entre eux, et 3° dans leurs rapports avec des tiers.

1. DES RAPPORTS DES ENVOYÉS EN POSSESSION AVEC L'ABSENT.

223. Les envoyés en possession ne deviennent pas propriétaires des biens de l'absent; ils en sont dépositaires (art. 125).

Toutefois, ce n'est pas un dépôt proprement dit; car il n'est pas gratuit (art. 1917, 127); il peut avoir pour objet des immeubles (art. 1918), et il confère au dépositaire des pouvoirs administratifs, contrairement à la définition des articles 1915 et 1927. Mais les règles qui ont pour objet de garantir la conservation et la restitution du dépôt s'appliquent aux envoyés en possession, par exemple, l'article 1945, qui exclut le dépositaire infidèle du bénéfice de cession de biens.

Les dispositions de la loi sur les effets de l'envoi en possession provisoire ont pour objet : 1° les mesures conservatoires et les garanties de restitution des biens de l'absent; 2° l'administration des envoyés en possession; 3° les avantages qu'ils ont le droit d'en retirer.

224. 1° Des mesures conservatoires et des garanties de restitution.

a. Tous les envoyés en possession, *indistinctement*, sont tenus de donner caution pour la sûreté de leur administration (art. 120, 123, 2018, 2019, 2040-2043; C. de proc., art. 517-522). Si l'héritier présomptif ne peut pas trouver une caution, il faut appliquer par analogie les articles 602 et 603 du code sur l'usufruit, d'autant plus que l'envoi en possession de l'héritier présomptif est aussi bien dans l'intérêt de l'absent lui-même que dans l'intérêt de l'héritier. Cependant la question est controversée. D'autres lui refusent alors l'envoi en possession. (Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, n° 5.)

b. Ils doivent faire l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur du roi ou d'un juge de paix requis par le procureur du roi, et dans les formes prescrites par les articles 941-944 du code de procédure (code civil, article 126, alinéa 1).

c. Ils doivent faire décider par le tribunal s'il y a lieu de faire vendre tout ou partie du mobilier (art. 126, alinéa 2). La loi ne prescrit pas la *forme* de la vente; elle s'en rapporte, à cet égard, à la sagesse du magistrat.

d. Ils doivent faire emploi du prix du mobilier vendu et des fruits échus avant l'envoi en possession (art. 126, alinéa 2) (n° 220).

e. Ils *peuvent* faire constater l'état des immeubles par un expert

nommé par le tribunal. Son rapport doit être homologué en présence du procureur du roi ; les frais en sont pris sur les biens de l'absent (art. 126, alinéa 3). C'est une faculté, non une obligation. Faute de ce faire, les envoyés en possession sont présumés avoir reçu les immeubles en bon état (arg., art. 600).

225. 2° Règles relatives à l'administration des envoyés en possession.

a. Ils doivent administrer les biens de l'absent en bon père de famille, avec ce tempérament, toutefois, qu'ils ne sont tenus que du degré de soins qu'ils apportent dans leurs propres affaires (*diligentia quam in suis rebus, quia rem quasi suam administrat*). Ils doivent recevoir le compte de la personne qui a administré pendant la période de la présomption d'absence. Ils peuvent faire tous les actes d'administration, faire des réparations, passer des baux, vendre le mobilier destiné à l'aliénation ; par exemple, les fruits. Pour pouvoir vendre les meubles corporels qui n'ont pas cette nature, et pour aliéner les meubles incorporels, tels que les créances, ils doivent se faire autoriser par le tribunal (art. 126, alinéa 2).

b. Ils ne peuvent *aliéner* les immeubles de l'absent (art. 128). Sur leur faculté de les *hypothéquer,* il y a doute d'après le code civil, à cause de la rédaction de l'article 2126.

La loi **belge** du 16 décembre 1851, article 75, alinéa 2, a levé le doute en disant que cette hypothèque est soumise aux formalités prescrites pour les mineurs et les interdits. Il faut donc qu'il y ait une nécessité absolue ou un avantage évident, et que l'hypothèque soit autorisée par le tribunal (art. 457, 458; voy. t. II, n° 1799). Par analogie, on peut aussi admettre que, dans la même hypothèse et avec les formalités prescrites à l'égard des mineurs et des interdits, l'envoyé en possession peut aliéner les immeubles de l'absent, et faire des transactions sur ses biens (art. 467, 2045 ; Laurent, t. II, n° 181).

c. Ils représentent l'absent en justice et peuvent et doivent exercer toutes les actions judiciaires qui lui appartiennent. Les actions contre l'absent doivent être dirigées contre les envoyés (art. 134, 817, alinéa 2). Il s'ensuit que les jugements prononcés entre les envoyés en possession et les tiers ont force de chose jugée pour ou contre l'absent (art. 1351).

d. Les envoyés en possession étant les mandataires légaux de l'absent, ils ne peuvent pas agir lorsqu'ils poursuivent *leurs propres droits* contre lui. Leur position a de l'analogie avec celle de l'héritier bénéficiaire; ils peuvent donc faire nommer par le tribunal un curateur *ad hoc*, contre lequel ils intenteront leur action (C. de procéd., art. 996). Par suite de la même analogie, la prescription ne court pas *contre* les envoyés en possession en faveur de l'absent (art. 2258). Elle ne court pas contre l'absent au profit des envoyés, parce que ceux-ci seraient responsables envers lui des prescriptions encourues.

e. Les frais de la déclaration d'absence et de l'envoi en possession sont à la charge de l'absent (arg., art. 126, alinéa 3).

226. 3° Des avantages attribués aux envoyés en possession provisoire. Les envoyés en possession provisoire ne sont tenus de rendre à l'absent que le cinquième des revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et le dixième, s'il ne reparaît qu'après quinze ans. S'il reparaît plus de trente ans après la *même époque* (c'est ainsi qu'il faut entendre le mot *absence* dans l'article 127, alinéa 2), la totalité des revenus leur appartient. Le principe de cette disposition était admis dans l'ancien droit, mais, selon les divers pays, avec une grande diversité, en ce qui concerne la quote-part attribuée aux envoyés en possession, et l'époque après laquelle cessait l'obligation de restituer les revenus. Le motif de cette disposition, c'est qu'on aurait difficilement trouvé des personnes qui auraient voulu se charger, sans rétribution, d'administrer les biens de l'absent et de conserver ses revenus accumulés jusqu'à trente ans. (Locré, IV, 143.)

Quant aux charges d'entretien et autres des biens de l'absent, il faut admettre, par analogie, les règles sur l'usufruit. Ainsi, les réparations d'entretien, les contributions et autres charges qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits, doivent être supportées par les envoyés en possession et par l'absent en proportion de la part de revenus attribuée à chacun d'eux. Les grosses réparations doivent être supportées par l'absent seul et, au besoin, être acquittées sur les capitaux (arg., art. 605-609, 635).

2. DES RAPPORTS DES ENVOYÉS EN POSSESSION ENTRE EUX.

227. Lorsqu'il y a plusieurs envoyés en possession provisoire, ils peuvent faire entre eux le partage des biens de l'absent, suivant les règles ordinaires des partages des successions (art. 120, 123). Il n'est pas exact de dire que le partage ne pourra être demandé qu'après l'envoi en possession définitif, comme on l'a prétendu en invoquant l'article 129. Mais ce partage n'est que *provisionnel,* c'est-à-dire, il n'a pour objet que la *jouissance* des biens et des droits de l'absent (arg., art. 818).

Les envoyés en possession peuvent procéder à la licitation *entre eux* des biens de l'absent; mais les étrangers ne peuvent pas y être admis, parce que les biens de l'absent ne peuvent pas être vendus (art. 128). Ils peuvent aussi faire entre eux les arrangements et les traités qu'ils jugent convenables et, en les faisant, ils ne contreviennent pas aux articles 791, 1130 et 1600 du code civil, qui défendent de faire des stipulations sur la succession d'une personne vivante. Car ces traités n'ont pas pour objet la *succession* d'un vivant, mais le règlement d'une jouissance légalement accordée. D'ailleurs, ce serait à celui quiprétendrait que la convention a eu pour objet la succession d'une personne vivante, à prouver l'existence de l'absent au moment du contrat. (Cass. fr., 14 août 1871, D., 1871, 1, 193.)

Les dettes de l'absent se divisent entre plusieurs envoyés en possession dans la proportion de l'actif.

3. DES RAPPORTS DES ENVOYÉS EN POSSESSION AVEC LES TIERS.

228. Le jugement qui prononce l'envoi en possession provisoire n'est pas *définitif* au profit de ceux qui l'ont obtenu; il ne porte pas préjudice à ceux qui n'y ont point été parties. Ainsi, pendant trente ans, délai ordinaire de prescription, des héritiers présomptifs plus proches peuvent demander l'envoi en possession contre ceux qui l'ont précédemment obtenu; les héritiers présomptifs qui sont au même degré que les envoyés en possession peuvent, pendant le même délai, demander contre ces derniers à être envoyés en possession concurremment avec eux.

229. A l'égard des tiers, les envoyés en possession doivent être considérés comme *héritiers bénéficiaires* de l'absent (art. 793-810). Ils ne sont pas tenus personnellement et sur leurs propres biens des dettes de l'absent. Il faut aussi leur appliquer l'article 877.

Si les envoyés en possession ont vendu ou hypothéqué les biens de l'absent sans les formes légales, ils ne peuvent pas eux-mêmes demander la nullité de ces actes dont ils sont garants ; *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* (C. civ., art. 1628.)

230. Quant à la prescription, il y a controverse sur la question de savoir *si,* pour en régler la durée en faveur des tiers contre l'absent, il faut considérer la personne de l'*absent lui-même,* ou bien la personne de l'*envoyé en possession ;* par exemple, si l'absent est mineur et l'envoyé majeur, la prescription court-elle contre lui? Il faut considérer la personne de l'absent dans le cas où il revient (art. 2251). Si l'absent ne revient pas, il faut *considérer la personne de* l'envoyé. Car alors, la présomption de mort doit prévaloir (arg., art. 123). On considère la personne qui est *de fait* en possession. Celui qui voudrait soutenir qu'il faudrait considérer la personne de l'absent devrait prouver son existence. A cause de l'incertitude, il faut admettre que celui qui a été condamné à payer à cause de la suspension de la prescription par la minorité de l'envoyé, peut faire ses réserves utilement.

231. Les règles relatives à la restitution des fruits (n° 226) ne s'appliquent qu'au compte que les envoyés en possession doivent rendre à l'absent lorsqu'il revient, et non à l'obligation des envoyés en possession envers ceux qui avaient aussi le droit de se faire envoyer en possession conjointement avec eux, ou qui pouvaient exercer des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. A l'égard de ces personnes, l'obligation des envoyés en possession, en ce qui concerne la restitution des fruits, est réglée par les principes du droit commun, comme si les envoyés en possession avaient déjà succédé à l'absent. (Zach., § 154 3°, n° 4.)

C. *Des effets du retour ou de la preuve du décès de l'absent.*

232. Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée, les effets du jugement qui a déclaré l'absence cessent (art. 131). Les envoyés en possession doivent restituer ses biens à l'absent et lui rendre compte des fruits conformément à l'article 127 (n° 226). Si l'absent a nommé un mandataire, le compte doit être rendu à ce dernier. Si l'absent n'a pas pris des mesures pour l'administration de ses biens, le tribunal peut en ordonner, comme il a été dit au n° 203 (art. 131).

233. Si le décès de l'absent est prouvé, sa succession s'ouvre au profit de ses héritiers les plus proches au jour de son décès, et les envoyés en possession doivent leur restituer les biens de l'absent et leur rendre compte, comme ils auraient dû le rendre à l'absent lui-même à son retour (art. 130 et *suprà* n° 217).

II. DES DROITS DE L'ÉPOUX DE L'ABSENT D'EMPÊCHER L'ENVOI EN POSSESSION DES HÉRITIERS PRÉSOMPTIFS (art. 124).

A. *Des droits de tout époux indistinctement.*

234. *Tout* époux, sous quelque régime qu'il soit marié, peut demander des mesures d'administration des biens de son conjoint présumé absent, la déclaration de son absence, l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition de son décès en vertu de son contrat de mariage, tels que gains de survie ou reprises, l'envoi en possession provisoire des biens de son conjoint, s'il n'a pas laissé de parents habiles à lui succéder ni d'enfants naturels (art. 140) (nos 204, 213-233).

B. *Spécialement de l'époux commun en biens.*

235. Lorsque l'absent a été marié sous le régime de la communauté de biens, l'article 124 donne à son conjoint le droit d'empêcher l'envoi en possession provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et de prendre ou de conserver l'administration des biens

de son conjoint. Mais c'est une simple *faculté*. L'époux présent peut aussi demander la dissolution provisoire de la communauté.

La disposition de l'article 124 est neuve. Anciennement, suivant l'usage le plus général, la communauté, en cas d'absence, était provisoirement dissoute par la demande d'envoi en possession par les héritiers présomptifs de l'absent, ou par la demande de l'époux présent contre les héritiers présomptifs de l'absent. Si l'absence cessait, la communauté était considérée comme n'ayant jamais été dissoute. Les auteurs du code, en donnant à l'époux présent la faculté d'empêcher la dissolution provisoire de la communauté et d'opter pour sa continuation, ont été guidés par un double motif. D'abord ils n'ont pas voulu affliger l'époux présent, déjà malheureux par l'absence de son conjoint, d'un double malheur, en le privant encore des avantages pécuniaires que la communauté de biens lui procurait. Le second motif, c'est que nulle autorité n'a le *droit* de rompre la communauté, qui a pour garantie la foi du mariage, dont la dissolution n'est pas prouvée; et que, si quelquefois l'incertitude peut suffire pour mettre les héritiers présomptifs en possession provisoire des biens de l'absent, alors surtout que cet envoi en possession ne lèse les droits de personne, ce n'est pas sur une *incertitude* que les héritiers peuvent rompre un contrat synallagmatique et porter atteinte aux droits positifs que l'époux présent fonde sur ce contrat. (Voy. Exposé de motifs par Bigot-Préameneu, n° 23; rapport de Leroy au Tribunat, n° 12; discours de Huguet au Corps législatif, n° 13; Locré, IV, 140, 158, 172.)

Ces deux motifs peuvent aussi s'appliquer à l'époux marié sous un autre régime que celui de communauté, et qui lui donne droit aux revenus de son conjoint, par exemple sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal. Pourquoi, dans ces cas, l'époux présent ne peut-il pas empêcher l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs? Les discussions ne sont pas explicites sur les motifs de cette restriction, mais elles les laissent entrevoir. « L'époux présent est le plus ordinairement la femme, » dit Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 24. Or, dans la plupart des régimes où il n'y a pas de communauté, c'est le mari qui a le droit de jouir des revenus des biens de sa femme. La femme n'a donc aucun intérêt à opter pour la continuation de

cet état de choses; elle a plus d'intérêt à ce que les parties intéressées entrent respectivement en possession provisoire des biens de l'absent.

1. DE L'OPTION POUR LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE SES EFFETS.

236. L'époux qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté prend : 1° la moitié des biens composant la communauté; 2° il reprend tous ses biens propres, tant ceux dont la communauté n'avait pas la jouissance que ceux dont elle avait la jouissance; 3° il exerce provisoirement les gains de survie qui lui sont accordés par le contrat de mariage sur les biens de son conjoint (art. 123, 124).

237. Il doit donner caution pour les choses susceptibles de restitution (art. 124). Cette caution n'a pas pour objet les biens propres qui ne tombaient pas dans la communauté, ni pour la propriété, ni pour la jouissance. Mais elle a pour objet sa part dans la communauté, les revenus de ses biens propres qui tombaient dans la communauté, et ses gains de survie. Cela n'est pas douteux si la femme présente a opté pour la dissolution de la communauté. Quant au *mari*, si la femme est absente, il ne doit pas la caution pour sa part dans la communauté ni pour les revenus de ses biens personnels dont la communauté avait la jouissance. Car, si la femme n'eût pas été absente, le mari aurait pu disposer, comme il aurait voulu, de tous les biens de la communauté et des revenus de ses propres, sans obligation de rendre compte; il a donc la même liberté *à fortiori* après la dissolution provisoire de la communauté.

L'époux qui a opté pour la dissolution de la communauté doit *faire inventaire* (arg., art. 126). Car l'inventaire détermine l'étendue de l'obligation de restitution, que la caution doit assurer.

238. Quant aux pouvoirs administratifs, le mari conserve les mêmes facultés d'administration et d'aliénation qu'il avait durant la communauté, sauf à répondre des aliénations faites *après le décès prouvé* de la femme.

La femme n'a d'autres pouvoirs administratifs que ceux accordés aux envoyés en possession provisoire.

2. DE L'OPTION POUR LA CONTINUATION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE SES EFFETS.

239. L'article 124 s'applique à toute communauté, légale ou conventionnelle; même à la communauté d'acquêts stipulée avec le régime dotal.

Si l'époux absent a des *biens personnels* qui n'entrent pas dans la communauté, ni pour la propriété, ni pour les revenus, ou dont il avait lui-même l'administration, son conjoint peut aussi en demander la possession provisoire et l'administration. Car l'article 124 dit que l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté peut empêcher l'*envoi provisoire* et l'*exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent*. Il en exclut donc les héritiers présomptifs, les légataires, donataires, etc. C'est là la portée de la nouvelle rédaction proposée par le Tribunat. (Locré, IV, 113, 114.) Les mots *prendre ou conserver par préférence* confirment cette interprétation. Car, il *conserve* l'administration qu'il avait, et il *prend* l'administration de ceux des biens de l'absent que précédemment il n'administrait pas.

Le mot *prendre* s'applique aussi spécialement au cas où c'est la femme qui opte pour la continuation de la communauté. Elle *prend* une administration qu'elle n'avait pas encore.

L'époux qui a opté pour la continuation de la communauté, et qui, par suite, a aussi l'*administration légale* des biens personnels de l'absent, représente ce dernier en justice (art. 134).

240. Il faut examiner les effets de la continuation de la communauté relativement 1° aux garanties de restitution; 2° aux pouvoirs administratifs et 3° spécialement en ce qui concerne la restitution des fruits.

1° En ce qui concerne les garanties de restitution, la *caution* n'est due, ni par le mari, ni par la femme. La loi ne l'exige pas (art. 120, 123, 124).

Mais l'un ou l'autre des époux doit faire l'*inventaire du mobilier et des titres appartenant à l'absent*, c'est-à-dire des biens qui ne tombent pas dans la communauté (art. 126, alinéa 1). Quant aux biens de la communauté, quelques jurisconsultes obligent seulement la *femme*, et non pas le *mari*, à faire inventaire, par le motif que le mari conserve ses pouvoirs de chef de la communauté.

C'est vrai, mais il n'est pas moins nécessaire de constater la part de la communauté appartenant à la femme que le mari reçoit, dans la prévision d'un compte à faire plus tard, pour le cas où la dissolution de la communauté remonterait à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles, ou à une époque quelconque antérieure à l'envoi en possession.

241. 2° Quant aux pouvoirs d'administration, la femme peut, comme les autres envoyés en possession, faire tous les actes de simple administration, sans autorisation de la justice; pour tous les actes d'*aliénation,* soit des biens de la communauté, soit de ses propres, elle doit être autorisée par justice. Le mari n'a pas, à l'égard des biens personnels de la femme, de droits plus étendus que ceux des autres envoyés en possession; quant aux biens de la communauté, ses pouvoirs sont les mêmes que si la femme n'était pas absente. Seulement il est comptable de son administration aux héritiers de la femme lorsque la dissolution de la communauté remonte à l'époque des dernières nouvelles; il doit alors restituer le *prix* des biens vendus qu'il a reçu; mais les aliénations sont valables.

242. 3° En ce qui concerne la restitution des fruits, l'application de l'article 127, au cas de continuation de la communauté, a causé quelques difficultés. Distinguons deux hypothèses.

1° L'époux absent reparaît. La communauté n'a jamais été dissoute. Tout ce qui a été *acquis* par l'un ou l'autre des époux est tombé dans la communauté, donc tous les revenus des biens communs et les revenus des propres (art. 1401). Si l'époux absent avait des biens dont les revenus avaient été exclus de la communauté par le contrat de mariage, les 4/5 ou les 9/10 ou la totalité en appartiendraient à l'époux présent, mais celui-ci devrait les mettre dans la communauté, en vertu de l'article 1401, n° 1. Ce *principe* est le même, que l'absent soit le mari ou la femme. Mais le mari n'a pas à rendre compte de ce qu'il a fait des revenus tombés dans la communauté, puisqu'il a le pouvoir légal d'en disposer (art. 1421). Seulement il doit rendre compte des revenus des biens personnels de la femme qui ne tombaient pas en communauté, et qu'il n'a pas gagnés en vertu de l'article 127.

D'autres opinions ont été émises sur l'application de l'arti-

cle 127. Suivant quelques jurisconsultes, la portion des fruits déterminée par l'article 127 et attribuée à l'envoyé en possession, devient propre à l'époux présent. Mais l'article 127 ne déroge pas à l'article1401. L'article 127 dispense de rendre les fruits *qui auraient dû être rendus à l'absent;* mais les fruits des biens dont la *communauté* avait la jouissance ne devaient pas être rendus à l'absent; ils appartenaient de droit à la communauté. Par la même raison il faut rejeter une autre opinion consistant à dire que, si l'époux présent (ou plutôt la *femme*, car, à l'égard du mari, cette opinion est juste) a conservé les revenus, il doit les restituer à la communauté; s'il les a consommés, il est dispensé de les rendre.

2° L'absent ne reparaît pas. En principe, les revenus sont acquis à l'époux présent, dans la proportion fixée par l'article 127, mais ils tombent aussi en communauté, comme dans le cas précédent; de sorte que, lors du partage de la communauté, les héritiers présomptifs de l'absent peuvent en prendre la moitié. Dans tous les cas, l'époux envoyé en possession doit rendre aux héritiers présomptifs, dans la proportion de l'article 127, les revenus des biens de l'absent qui ne tombaient pas en communauté. Quant aux revenus des biens de l'absent tombés en communauté et ceux de ses propres, qui étaient gagnés par l'époux présent en vertu de l'article 127, il faut distinguer :

a. Si les biens doivent être restitués aux héritiers présomptifs parsuite de l'envoi en possession définitif, la communauté est censée dissoute depuis le jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, et les revenus qui ont été attribués à l'époux présent depuis son option pour la continuation de la communauté lui appartiennent personnellement, et ne sont pas tombés dans la communauté, puisqu'elle était rétroactivement censée dissoute;

b. Si la communauté a été dissoute par la mort prouvée de l'absent, elle a continué jusqu'à sa mort, et ce dont elle est augmentée jusqu'à ce moment doit être partagé avec les héritiers de l'absent. Ainsi, même la part des revenus attribuée à l'époux présent sur les propres de l'absent, dont les revenus ne tombaient pas en communauté, doit être partagée;

c. Si elle est dissoute par la mort de l'époux présent, il faut partager ce qui existe au moment de la dissolution;

d. Il en est de même dans le cas où la continuation de la communauté a cessé par la renonciation de l'époux présent, et par son option pour la dissolution.

243. La continuation de la communauté cesse : 1° par le décès de l'époux présent; 2° par le décès prouvé de l'époux absent; 3° par l'arrivée de l'époque où les héritiers présomptifs peuvent demander l'envoi en possession définitif (art. 129); 4° par la renonciation à la *continuation* de la communauté de la part de l'époux présent. Dans ce cas la dissolution est provisoire. L'époux qui a d'abord opté pour la continuation peut *toujours* rétracter son option, parce que la continuation était de sa part *un droit,* et non une obligation. D'ailleurs, ce changement est tout à l'avantage des héritiers présomptifs.

Il ne faut pas confondre la renonciation à la *continuation* de la communauté, qui appartient autant au mari qu'à la femme, avec la renonciation à la *communauté même,* qui n'appartient qu'à la femme, à ses héritiers et successeurs (art. 1453-1466). La femme qui a opté d'abord pour la continuation de la communauté peut toujours, de quelque manière que cette continuation cesse, exercer son droit de renoncer à la *communauté* même (art. 1453).

III. DE L'ENVOI EN POSSESSION DÉFINITIF.

A. *Quand et comment il peut être demandé.*

244. L'envoi en possession définitif peut être demandé si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou plutôt depuis le jour où l'envoi provisoire aurait pu être demandé; donc depuis le jour de la déclaration d'absence ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun a pris l'administration des biens de l'absent; ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent (art. 129). Dans ce dernier cas, l'envoi en possession définitif peut être demandé, quand même il n'y aurait pas eu de déclaration d'absence, parce qu'il y a une forte présomption de décès (Locré, IV, 42). Le même jugement peut alors déclarer l'absence et envoyer en possession définitive.

Ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent peuvent, dans tous les cas, demander l'envoi en pos-

session définitif, quand même ils n'auraient pas demandé l'envoi en possession provisoire, pourvu que leur action contre les héritiers présomptifs ne soit pas prescrite par le laps de trente ans.

La demande doit être introduite par requête devant le tribunal qui a prononcé l'envoi en possession provisoire. Le ministère public *peut* requérir et le tribunal *peut* ordonner une nouvelle enquête pour constater que l'absent n'a pas reparu et qu'il n'a pas donné de ses nouvelles. Mais ces mesures sont facultatives.

L'envoi en possession définitif peut être demandé par tous les *ayants droit,* c'est-à-dire par tous ceux qui, au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, étaient ses héritiers présomptifs ou avaient des droits subordonnés à la condition de son décès (art. 123, 129).

B. *Des effets de l'envoi en possession définitif.*

245. D'après le premier projet du code soumis à la discussion, les envoyés en possession définitive étaient déclarés *propriétaires incommutables* des biens de l'absent.

Le code n'a pas admis cette idée. L'envoi en possession définitif a pour effet de mettre les envoyés dans une position analogue à celle dans laquelle les placerait le décès de l'absent. Ils peuvent partager définitivement entre eux les biens de l'absent et en disposer comme ils veulent, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux, sans que ces actes puissent être attaqués par l'absent qui revient. Les cautions sont déchargées de plein droit, sans demande, tant pour l'avenir que pour les actes passés. Les envoyés en possession ne sont plus comptables. Tous les revenus des biens de l'absent leur appartiennent. La communauté entre lui et son conjoint, si ce dernier a opté pour la continuation, est dissoute de plein droit (art. 129).

Le titre juridique en vertu duquel les envoyés en possession possèdent est d'une nature toute spéciale, *sui generis;* ce n'est plus un *mandat* ni un *dépôt;* les envoyés ne sont pas héritiers ni propriétaires définitifs; la loi ne range pas l'envoi en possession parmi les moyens d'acquérir. Ce n'est pas non plus un titre *ad usucapiendum* contre l'absent.

L'envoi en possession est *définitif* à l'égard d'autres héritiers

présomptifs qui demanderaient la possession de préférence ou concurremment avec les envoyés, sauf en ce qui concerne les descendants (*infrà*, n° 248). Il est définitif à l'égard des tiers avec lesquels les envoyés ont contracté. Mais il n'est pas définitif en ce qui concerne l'absent.

C. *De la cessation de l'envoi en possession définitif.*

246. L'envoi en possession définitif peut cesser dans trois cas : 1° par le retour de l'absent; 2° par la demande de ses descendants (art. 133); 3° par son décès prouvé.

247. 1° Si l'absent reparaît, après quelque laps de temps que ce soit, ou si son existence est prouvée, il peut toujours recouvrer ses biens dans l'état où ils se trouvent (art. 132). Il faut distinguer plusieurs cas :

a. Les biens de l'absent n'ont pas été aliénés. Il les reprend dans l'état où ils se trouvent. Il ne peut demander aucune indemnité du chef des détériorations commises par les envoyés, car ceux-ci ne sont plus comptables.

b. Les biens ont été aliénés à titre gratuit. L'envoyé n'en ayant tiré aucun profit, il ne doit aucune restitution de ce chef. Cependant, si par suite de cette aliénation il s'était épargné une dépense qu'il aurait faite, dans tous les cas, de ses propres biens, il devrait à l'absent indemnité jusqu'à concurrence de la somme qu'il aurait évité de prendre sur ses propres biens (*in quantum locupletior factus est*). On peut citer l'exemple de la dotation que l'envoyé avait faite à sa fille sur les biens de l'absent. Si l'envoyé n'eût pas possédé les biens de l'absent, il aurait doté sur ses propres biens. Mais les jurisconsultes sont d'accord que l'indemnité due à l'absent devrait se limiter au montant de la dot que l'envoyé aurait prise sur ses propres biens, s'il n'eût pas possédé ceux de l'absent.

c. Les biens de l'absent ont été aliénés à titre onéreux. L'envoyé doit rendre ou le prix ou les biens provenant de l'emploi de ce prix. S'il a échangé les biens ou s'il a fait la déclaration de l'emploi dans l'acte d'achat, il doit rendre les biens acquis par échange ou en remploi. Mais s'il n'a pas fait de déclaration d'emploi, il est censé vouloir rester débiteur du prix (art. 132).

Toutefois, il faut admettre que l'envoyé en possession est libéré

en tout ou en partie *s'il prouve* que le prix n'existe plus, qu'il a péri ou qu'il a été dépensé. (Demolombe, II, 170.) Car, puisque la loi assimile l'envoyé au possesseur de bonne foi, dans le cas où il a disposé des *biens*, même à titre gratuit, et que l'absent doit les reprendre dans l'état où il les trouve, il y aurait inconséquence à ne pas conserver l'analogie pour le cas où l'envoyé aurait disposé du *prix*.

Si l'envoyé avait des actions réelles ou personnelles pour recouvrer les biens aliénés, elles passent à l'absent.

248. 2° Lorsqu'il se présente des enfants ou descendants directs, légitimes ou naturels de l'absent, ils peuvent, dans les trente ans, *à compter de l'envoi définitif,* demander la restitution de ses biens, comme l'absent lui-même aurait pu la demander (art. 132, 133). Pour intenter cette action, les descendants n'ont pas besoin de prouver le *décès* de leur parent absent. La loi leur accorde, en leur qualité de *descendants*, un titre préférable pour obtenir la possession des biens de l'absent.

Le cours de cette prescription est suspendu à l'égard des mineurs et des interdits, conformément aux principes généraux (art. 2252; arg., art. 966; Demolombe, II, 185). La question est controversée.

249. 3° Par le décès prouvé de l'absent, sa succession est ouverte du jour du décès au profit des héritiers les plus proches à cette époque. Les parents de l'absent qui sont héritiers plus proches que les envoyés en possession peuvent alors poursuivre contre ceux-ci la restitution de la succession (arg., art. 130). Car la succession d'une personne s'ouvre par sa mort, et ses héritiers peuvent intenter la pétition d'hérédité pendant trente ans, à dater du décès (art. 718, 789). Cette action se distingue essentiellement de celle que l'article 133 donne aux *descendants* de l'absent, qui ont le droit de réclamer ses biens, quand même *le décès de l'absent ne serait pas prouvé.*

La question de savoir si les parents de l'absent, autres que ses descendants, qui ont prouvé son décès et qui sont héritiers plus proches que les envoyés en possession définitive, peuvent évincer ceux-ci, a été pendant quelque temps controversée; mais à peine l'est-elle encore. (Toullier, t. I, 455; Valette sur Proudhon, t. I, p. 336, 338; Discours du tribun Huguet, n° 18; Locré, IV,

p. 176; Laurent, t. II, n° 244. En sens contraire à notre doctrine : Zachariæ, § 157.)

SECTION II.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT (art. 135-138).

I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

250. Tout droit suppose l'existence d'un sujet ou d'une personne à qui il appartient. Celui qui prétend qu'un droit est échu à un individu doit donc prouver que cet individu existait quand le droit a été ouvert. Jusqu'à cette preuve, sa demande n'est pas fondée (art. 1315). Or, l'existence de l'absent est incertaine; l'absent n'est présumé ni mort ni vivant. De là il suit que lorsqu'un droit, par exemple un legs, s'ouvre au profit d'un absent, ce droit ne peut pas être réclamé pour lui ni en son nom, son existence n'étant pas établie (art. 135, 136). C'est pour ce motif que les droits ouverts au profit de l'absent *pendant* son absence ne font pas l'objet de l'envoi en possession provisoire ni définitif (n° 220).

251. Suivant l'ancienne jurisprudence, qui était encore pratiquée dans quelques pays à l'époque de la confection du code, l'absent, tant qu'il ne s'était pas écoulé cent ans depuis sa naissance, était présumé vivant, et on pouvait recueillir en son nom les successions, legs, donations et autres droits éventuels, qui lui advenaient pendant son absence. Mais depuis un arrêt solennel, rendu en 1634, cette jurisprudence fut changée et fit place à la règle suivant laquelle quiconque réclame un droit échu à l'individu dont l'existence n'est pas reconnue doit prouver que cet individu existait quand le droit a été ouvert. (Locré, IV, 142, 178.) Le code a adopté cette règle (art. 135).

252. Cette règle s'applique dès que l'existence d'un individu est incertaine, donc aussi bien pendant l'époque de la *présomption* qu'après la *déclaration* d'absence. Les principes généraux et les mots de l'article 135 : *échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue,* commandent cette interprétation, d'accord avec la jurisprudence. (Demol., II, 203.) Tronchet et Maleville défen-

daient cette opinion au conseil d'État. (Locré, IV, 97-101.) L'opinion contraire s'appuie sur la place qu'occupe la section II, mise dans le chapitre III, qui traite des effets de l'*absence* (déclarée), et sur les dangers de ce système qui abandonne ainsi à d'autres, sans garanties, les biens échus à un individu qui n'est peut-être éloigné de son domicile que pour peu de temps. Mais l'argument tiré de la place qu'occupe la disposition de l'article 135, surtout en cette matière, est peu concluant; et, quant aux dangers, ils ne sont pas si grands, puisque ce n'est pas au simple *non-présent*, mais seulement au *présumé* ou au *déclaré* absent, donc à celui sur l'existence duquel il y a incertitude, que ces articles s'appliquent.

II. APPLICATION DE CES PRINCIPES.

253. L'article 136 fait la principale application de ces principes à l'ouverture d'une succession qui a lieu pendant l'absence. La succession appartient alors à ceux auxquels l'existence de l'absent, si elle était prouvée, ferait obstacle. L'article 136 prévoit deux hypothèses : 1° si l'absent a des cohéritiers, ceux-ci recueillent seuls la succession; l'absent aurait concouru avec eux si son existence eût été prouvée; 2° si l'absent laisse des descendants, ils le représentent, dans les cas où la représentation est admise d'après les règles ordinaires; ils recueillent la succession comme si l'absent n'existait plus; ou bien, si l'absent était le seul héritier de sa classe, la succession est déférée à l'ordre suivant.

254. Quelques jurisconsultes soutiennent que les descendants de l'absent ne peuvent pas venir par *représentation* à la succession dévolue à leur auteur, et qu'ils ne peuvent la recueillir qu'en *second ordre* et à défaut de tout cohéritier du même degré que l'absent. Par exemple, A meurt et laisse deux fils : B présent et C absent; C a des enfants. B exclut les enfants de C, qui ne peuvent pas venir par représentation. Ces auteurs posent ce dilemme : Des deux choses l'une : ou les enfants de l'absent veulent exercer les droits de leur père, qu'ils réclament en vertu de la *transmission;* alors ils doivent prouver que leur père *vivait* à l'époque de l'ouverture de la succession et qu'il est décédé depuis (article 781); ou ils veulent venir par représentation, et alors ils doi-

vent prouver que leur père était *mort* au moment de l'ouverture de la succession, puisqu'on ne représente pas un vivant (art. 744). Mais à ce dilemme on peut en opposer un autre : ou l'absent vivait au moment de l'ouverture de la succession, et dans ce cas ses descendants peuvent demander l'envoi en possession des biens qui lui sont dévolus ; ou il était mort, et alors ils l'ont représenté.

S'il est vrai que les héritiers de l'absent ne peuvent pas rigoureusement prouver si c'est à eux ou à leur auteur que la succession est dévolue, il est au moins certain que, quelle que soit l'hypothèse que l'on admette, les autres héritiers n'ont *pas* le droit de recueillir la succession en entier. S'il y a *incertitude* sur le droit des uns, il y a *certitude* sur l'absence de tout droit des autres, et ce serait contraire à l'esprit de la loi que de dépouiller les héritiers qui viennent ordinairement par représentation. C'est donc par représentation que, dans l'exemple cité, les enfant de C devraient venir à la succession de A. (Demolombe, II, 209 ; Laurent, t. II, n° 257.)

255. Ceux qui recueillent la succession déférée à l'absent, *à son défaut*, ne sont pas considérés comme *envoyés en possession des biens de l'absent*, mais comme recueillant la succession *proprio jure*. C'est pourquoi ils sont dispensés de toutes les mesures destinées à garantir la restitution, dont il a été fait mention aux n°s 224 et 225. Ils sont dans la position d'héritiers putatifs. Leur position, les actes de disposition faits par eux, la perception et la restitution éventuelle des fruits, doivent être jugés d'après les principes sur les restitutions à faire par l'héritier putatif, lorsque le véritable hétitier intente contre lui la pétition d'hérédité, laquelle se prescrit par trente ans contre l'absent ou ses ayants cause (art. 137, 138).

256. Les dispositions de cette section ne sont pas impératives. Les ayants droit peuvent reconnaître l'existence de l'absent et l'admettre à recueillir en tout ou en partie la succession à laquelle il est appelé. Ils peuvent faire nommer un notaire pour le représenter, ou bien admettre les envoyés en possession à exercer les droits de l'absent, tout en se réservant la faculté de reprendre la succession, si l'absent ne reparaît pas. Mais personne ne peut *exiger* des mesures conservatoires. (Bourges, 17 janvier

1872; D., 1872, 2, 31.) Suivant quelques auteurs, la réserve qui vient d'être indiquée doit, dans le doute, être sous-entendue. On peut admettre cette opinion toutes les fois que l'ouverture de la succession a précédé la déclaration d'absence. Car alors les ayants droit ont pu croire au retour de l'absent, et vouloir éviter un double partage. Mais leur intention doit être interprétée avec plus de circonspection et suivant les circonstances lorsqu'ils ont implicitement reconnu l'existence de l'absent après la déclaration d'absence.

257. Les règles exposées aux n°s 253-256 s'appliquent également à d'autres droits éventuels dépendant de la condition d'existence de l'absent, aux droits de recueillir un legs (art. 1039, 1040), de profiter de la stipulation d'un droit de retour dans une donation entre-vifs (art. 951), de recueillir une substitution (art. 1048 et suiv., 1053), de recevoir une rente viagère (art. 1983), etc. En vertu des mêmes règles, celui dont l'existence est incertaine ne doit pas être compté lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de la quotité disponible.

SECTION III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE (art. 139-140).

258. L'époux, dont le conjoint est absent, ne peut pas contracter un nouveau mariage, quel que soit le laps de temps écoulé depuis la disparition, quel que puisse être l'âge de l'absent. Car la dissolution du premier mariage ne peut pas être prouvée (art. 147). Si le conjoint de l'absent voulait contracter un nouveau mariage, les personnes que la loi admet à former opposition au mariage, pourraient s'y opposer.

259. Mais si le mariage a été contracté par le conjoint présent, qui peut l'attaquer? Il faut distinguer :

A. L'absence, et par conséquent l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent dure encore. Personne ne peut attaquer le mariage, excepté l'époux absent lui-même. « Si l'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau, elle ne doit jamais suffire non plus pour troubler un mariage contracté, » disait l'avocat général Gilbert des Voisins. (Locré, IV, p. 102.) L'intérêt pécuniaire et un droit

incertain des collatéraux ou d'autres personnes ne suffisent pas pour troubler le repos des familles. Il en serait encore de même si, après la mort de l'absent, on prouvait qu'il avait encore existé au moment de la célébration du second mariage par son conjoint présent. Personne ne serait plus recevable à attaquer ce mariage. (Disc. du tribun Huguet, nº 21 ; Locré, IV, 180.)

L'article 139 dit : « *que l'époux absent sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence* ». Ces mots, dont le sens n'est pas très-clair, doivent être ainsi compris : Pour attaquer ce mariage il faut un mandat *spécial* émané de l'absent, et si ce mandat spécial n'est pas donné dans la forme authentique, il faut encore y ajouter la preuve authentique de l'existence *actuelle* de l'absent, c'est-à-dire, de son existence au moment où le mariage est attaqué, ou au moins à une époque immédiatement précédente. Un mandat général de poursuivre toutes les actions compétant à l'absent ne suffit pas à cet effet; car il n'est pas probable qu'au moment de son départ l'absent ait pensé au second mariage de son conjoint, et que le mandat prévoie cette éventualité; et de la simple généralité du mandat on ne doit pas conclure qu'il comprend aussi le droit d'attaquer le mariage que son conjoint pourrait contracter. D'ailleurs, ce mandat vient à cesser par la déclaration d'absence, et l'on ne peut pas supposer que le législateur, en rédigeant l'article 139, ait pensé précisément au cas le plus rare, à celui où le mariage aurait eu lieu pendant l'époque de la présomption d'absence.

L'article 139 ne met pas obstacle à ce que le nouveau mariage soit contesté par tous ceux qui y ont intérêt, si l'existence n'en est pas établie par un acte régulier. (Cass fr., 7 avril 1869, D., 1869, 1, 449.)

260. *B.* L'absence a cessé; l'époux absent est revenu ou a donné de ses nouvelles. Trois opinions divisent les jurisconsultes.

1° Cet époux *seul* peut attaquer le mariage. On se fonde sur le texte de l'article 139 qui dérogerait à l'article 184. (Zachariæ, § 159; Toullier, nº 425; Laurent, t. II, nº 250.)

2° Les nouveaux époux, le ministère public et l'époux absent peuvent attaquer le mariage, mais les *parties intéressées*, c'est-à-

dire les parents collatéraux et les enfants du premier mariage ne le peuvent pas. En voici les motifs : Il faut entendre l'article 139 comme s'il disait : l'époux seul parmi les parties intéressées. Les motifs de cette opinion sont : qu'il résulterait du système contraire une situation juridiquement impossible et contraire à l'ordre public : un adultère flagrant continué sans bonne foi ; une femme ayant deux maris, ou un mari ayant deux femmes et des enfants légitimes avec tous les deux. L'article 139 a pour principal but d'écarter l'action des collatéraux et des enfants du premier mariage ; mais le législateur n'a voulu exclure ni l'action du ministère public, ni celle des époux eux-mêmes.

3° Dès que l'absent reparaît ou que son existence est prouvée, les règles *spéciales* sur la nullité du mariage, établies pour le cas d'absence, cessent, et l'on rentre dans le droit commun de l'article 184. La seule modification que l'article 139 a voulu introduire, c'est que le mariage contracté par l'époux présent ne peut être annulé sous le simple prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent. Cette opinion a pour elle les principes généraux, et elle évite les impossibilités juridiques signalées sous n° 2. Elle semble être contraire au texte de l'article 139. Mais les discussions prouvent ici à l'évidence que la pensée des législateurs a été rendue inexactement ou tout au moins peu clairement par cet article. Car, après quelques observations au conseil d'État sur la rédaction de ces articles, le consul Cambacérès proposait d'énoncer d'abord la disposition de l'ancien article 27 du projet, contenant le principe que le mariage contracté par l'époux présent ne peut être dissous sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent (voy. n° 259), et de rédiger ainsi la fin de l'article : « *Néanmoins si l'époux absent se représente,* CE MARIAGE SERA DÉCLARÉ NUL. » Cette proposition fut *adoptée*. Mais Thibaudeau, chargé de donner une nouvelle rédaction au projet, n'a pas clairement rendu le vote du conseil d'État en faisant celle qui est devenue l'article 139 du code. (Séance du cons. d'État du 4 frimaire an x (25 novembre 1801), n°s 43, 44 ; Exposé de motifs de Bigot-Préameneu, n° 32 ; Locré, IV, p. 34, 101, 102, 147.)

261. L'article 139 s'applique au mariage contracté par l'époux présent pendant la période de la présomption d'absence et non-

seulement au mariage contracté après la déclaration d'absence. Car, dans les deux cas, il y a parité de motifs, l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent. L'opinion contraire argumente des mots l'*époux absent* dans l'article 139; mais par le terme *absent* le code désigne quelquefois le *présumé absent*, par exemple, dans les articles 122, 222, 1427. On objecte encore que l'époux qui aurait contracté une nouvelle union avant la déclaration d'absence pourrait difficilement être présumé de bonne foi. Mais le défaut de la déclaration d'absence n'exclut pas la bonne foi de l'époux. Cette déclaration peut avoir été négligée, et le second mariage peut n'avoir été contracté que longtemps, par exemple quinze ou vingt ans après la disparition ou les dernières nouvelles. Enfin ceux qui attaquent en nullité le mariage contracté par le conjoint de l'absent doivent prouver le fondement de leur demande, c'est-à-dire l'existence de l'absent au moment du second mariage (art. 1315; arg., art. 135; Demolombe, t. II, 265.)

CHAPITRE IV.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE QUI A DISPARU.

(Art. 141-143.)

I. PENDANT LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

262. Après la mort du père, l'autorité qu'il exerçait sur ses enfants mineurs est remplacée par la tutelle. La disparition du père ne donne pas ouverture à la tutelle (art. 389, 390); ce serait porter atteinte aux droits d'une personne qui peut encore exister. Mais la simple disparition rend nécessaires certaines mesures dont s'occupe ce chapitre. La loi distingue plusieurs hypothèses.

263. 1° Le père a disparu. La mère est vivante et présente. La mère a la surveillance des enfants mineurs issus du commun mariage, et elle exerce tous les droits du mari quant à leur édu-

cation et à l'administration de leurs biens (art. 141). La mère en est investie de plein droit, sans remplir aucune formalité.

Le droit que l'article 141 confère à la mère n'est pas une tutelle. Par mesure provisoire, la mère exerce *tous les droits du mari* ou la puissance paternelle, laquelle est distincte de la tutelle. Il n'est donc pas nécessaire de nommer un subrogé tuteur, et cette administration ne donne pas lieu à une hypothèque légale sur les biens de la mère.

De ce que l'article 141 dit que la mère exerce tous les droits du mari *quant à l'éducation et l'administration des biens* des enfants, on ne doit pas conclure que son exercice de la puissance paternelle soit restreint à ces objets et qu'elle seule ne puisse pas consentir au mariage de ses enfants, ni les émanciper. Car, aux termes des articles 149 et 477, la mère peut consentir au mariage de ses enfants lorsque le père est dans l'impossibilité de manifester son consentement, et elle peut les émanciper, à défaut de père.

Pour faire les actes d'administration, la mère n'a pas besoin de l'autorisation de la justice; car la loi, en la chargeant de plein droit de cette administration, doit la lui rendre possible.

La mère n'a pas l'usufruit légal des biens de ses enfants. Car l'article 384 attribue au père l'usufruit des biens de ses enfants *pendant* le mariage, et le mariage n'est pas dissous. L'administration des biens des enfants et la jouissance ne sont pas corrélatives, comme on l'a dit; la première dure jusqu'à la majorité, la seconde seulement jusqu'à l'âge de dix-huit ans des enfants. L'usufruit légal n'est pas un attribut essentiel et nécessaire de l'exercice de la puissance paternelle (art. 389). L'article 141, en n'attribuant pas la jouissance légale à la mère, est conforme aux principes généraux sur la présomption d'absence. Le présumé absent conserve tous ses droits; c'est pour lui que la mère les exerce provisoirement. Toutefois, si les ressources de la mère sont insuffisantes pour la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, elle a le droit de les prendre sur les revenus des biens des enfants (art. 385, n° 2).

264. 2° Le père a disparu, la mère étant déjà décédée. Avant les six mois, la loi n'ordonne aucune administration suivie et permanente, afin que des étrangers ne pénètrent pas tout de

suite dans les affaires de famille de l'absent, qui peut revenir. Mais, par analogie des articles 112 et 114, les parties intéressées et le ministère public et même tous les parents quelconques, par analogie de l'article 406, peuvent s'adresser au tribunal pour faire statuer sur la surveillance des enfants et l'administration de leurs biens.

Après les six mois, une tutelle provisoire est établie; elle est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches ou, à leur défaut, à une autre personne (art. 142). Cette surveillance ne prend pas le caractère d'une véritable tutelle. Elle a le même caractère que celle attribuée à la mère par l'article 141.

265. 3° Le père a disparu. La mère vit encore, mais elle meurt avant la déclaration d'absence. Sa surveillance et son administration durent jusqu'à sa mort (art. 141). Si sa mort arrive plus de six mois après la disparition, la surveillance est immédiatement donnée aux ascendants ou au tuteur provisoire. Si elle meurt avant les six mois, la même mesure sera prise quand six mois se seront écoulés depuis la disparition (art. 142).

Il faut procéder de la même manière dans les trois cas suivants : 1° si le père a disparu et que la mère disparaisse aussi; 2° si le père était déjà décédé lors de la disparition de la mère; 3° si les père et mère disparaissent en même temps.

266. 4° Le père ou la mère disparaît; l'époux qui a disparu avait des enfants d'un précédent mariage. Les enfants du précédent mariage se trouvent donc en présence de leur beau-père ou de leur belle-mère seule. La loi ne donne pas la surveillance au beau-père ou à la belle-mère, mais elle ordonne qu'elle soit conférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches de ces enfants ou à une autre personne, comme dans le cas prévu au n° 264 (art. 143).

II. APRÈS LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

267. Il faut distinguer deux hypothèses, dans lesquelles la solution est toutefois la même :

1° L'absence de l'un des époux est déclarée, l'autre n'existe plus. Il faut appliquer le droit commun, c'est-à-dire les règles ordinaires sur la tutelle. L'article 142 établit la surveillance des ascen-

dants ou la tutelle provisoire seulement pour le cas où la mère serait décédée ou viendrait à décéder *avant que l'absence du père ait été déclarée*. Avant cette époque, on ne procède pas à la nomination d'un tuteur, parce que la tutelle appartient au survivant des époux, et qu'il est incertain si l'époux absent ne reviendra pas. L'article 142 est donc restreint à l'époque de la *présomption* d'absence. Mais, si l'absence est déclarée, on procède, à l'égard des biens de l'absent, à peu près comme s'il était décédé (arg. de l'art. 424). Il faut partir du même point de vue en ce qui concerne la tutelle. Car, après la mort de l'époux présent, ses enfants sont sans protecteur, et la tutelle, avec toutes ses garanties légales, devient d'autant plus nécessaire, que les enfants sont envoyés en possession des biens de leur parent absent.

268. 2° L'absence de l'un des époux est déclarée, l'autre est vivant et présent. Il y a trois opinions. D'après l'une, l'article 141 continue d'être applicable. L'époux présent conserve la même position que pendant la présomption d'absence. D'après la seconde, il faut nommer un tuteur, excepté dans le cas où l'époux présent opte pour la continuation de la communauté. Alors la présomption de mort n'existerait pas, et il y aurait contradiction à admettre, d'une part, la continuation de la communauté, qui suppose l'*existence* de l'absent, et, d'autre part, l'ouverture de la tutelle, qui suppose son *décès*. La troisième opinion admet que la tutelle doit s'ouvrir, comme en cas de décès. Cette opinion est préférable. Car il résulte tant de l'intitulé de ce chapitre que des termes des art. 141 et 142, qu'il ne s'applique qu'à l'hypothèse de la *présomption* d'absence. La circonstance de la continuation de la communauté ne rend pas la tutelle inutile. Les enfants peuvent avoir des biens à eux ou en acquérir. Il faut procéder comme en cas de décès de l'absent. La présomption de l'existence de l'absent, sur laquelle est basée la continuation de la communauté, est toute spéciale pour ce cas. On ne doit pas la généraliser. C'est moins une présomption *positive* d'existence qu'un défaut de présomption de décès contre ceux qui voudraient dériver des droits de ce décès (n° 235). Enfin, on ne peut pas faire dépendre l'établissement de la tutelle, qui est d'ordre public, de la volonté de l'époux présent.

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS SPÉCIALES RELATIVES A L'ABSENCE DES MILITAIRES ET DES EMPLOYÉS AUX ARMÉES.

269. Les décrets du 11 ventôse et du 16 fructidor an II contiennent des dispositions spéciales relatives à l'absence des militaires et de tous les individus attachés au service de l'armée de terre ou de mer. Ces décrets ne s'occupent pas des biens ni des droits qui appartenaient déjà aux militaires avant leur départ pour l'armée ou avant leur éloignement, mais seulement des successions qui peuvent s'ouvrir au profit des militaires depuis cette époque. Ils ne mentionnent spécialement que les successions légitimes; mais, par analogie, il faut les étendre à tous les autres droits *éventuels*, par exemple aux successions testamentaires, aux legs, aux donations de biens à venir, etc. Mais, à l'égard des biens que les militaires possédaient déjà, et des droits qui leur étaient déjà échus au moment de leur départ, et sur lesquels ces décrets n'ont pas statué, il faut suivre les dispositions du code.

Le décret du 11 ventôse an II déroge à la règle des art. 135 et 136 (nos 250-252), en ce que, si pendant l'absence du militaire il s'ouvre une succession à laquelle il est appelé, cette succession n'est pas dévolue à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, mais un conseil de famille est convoqué, et ce conseil nomme un curateur, à qui la part successorale du militaire sera remise, et qui doit l'administrer et en rendre compte au militaire ou à son fondé de pouvoirs. Cet état de choses ne dure que pendant l'époque de la *présomption* d'absence. Une fois l'absence déclarée, on rentre dans le droit commun établi par le code. Les décrets des 11 ventôse et 16 fructidor n'ont pas été abolis par le code; ils sont encore en vigueur.

La loi du 6 brumaire an V prescrit différentes mesures pour la conservation des droits et des propriétés des militaires absents; par exemple toute prescription contre eux est suspendue; aucun jugement ne peut être exécuté contre eux pendant leur absence,

sans caution, etc. Cette loi n'a eu qu'une existence temporaire. Elle a cessé d'être obligatoire à la paix générale.

En **France**, une loi spéciale du 13 janvier 1817 avait réglé la constatation du sort des militaires en activité de service avant le 20 novembre 1815 et qui avaient disparu. Cette loi, abrogée depuis, a été remise en vigueur par la loi du 9 août 1871, pour constater judiciairement le sort des Français ayant appartenu aux armées de terre et de mer et qui ont disparu depuis le 19 juillet 1870 jusqu'au 31 mai 1871.

TITRE V.

DU MARIAGE.

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

270. Le mariage est une société entre l'homme et la femme formée en vue d'une communauté de toute leur existence. Cette société ne peut s'établir que par une convention : *Consensus facit nuptias*. C'est là une règle commune au droit naturel et à toutes les législations positives, civiles ou religieuses. C'est aussi la doctrine de l'Église catholique; toutefois, d'après cette doctrine, le mariage n'est *pas seulement* une société civile ordinaire, c'est aussi un acte religieux, un *sacrement*, dont le contrat civil est la matière. C'est pour cette raison, qu'avant la révolution de 1789, le mariage était régi, en France et en Belgique, principalement par le droit canonique. Les lois de l'Église étaient en cette matière les lois de l'État. La vingt-quatrième session du concile de Trente : *De reformatione matrimonii* et le *Corpus juris canonici* étaient les sources canoniques. Quelques règles du droit romain étaient aussi observées, et en France plusieurs ordonnances royales contenaient des dispositions relatives au mariage; par exemple, l'édit de 1556 priva les mariages clandestins de tous effets civils; l'ordonnance de Blois de 1579 (art. 40, 44 et 181),

la déclaration du 26 novembre 1639 et l'édit de 1697 renferment plusieurs dispositions relatives aux formalités à observer dans la célébration. Le mariage civil et le mariage religieux étaient confondus; ils ne formaient qu'un seul et même acte. Le mariage était célébré devant le curé de la paroisse où l'un des contractants avait son domicile, en présence de deux témoins. Ce curé était à la fois l'officier de l'état civil et le ministre du sacrement au nom de l'Église. Les mariages des non catholiques n'étaient pas exceptés de cette règle. De là il résultait que les mariages des protestants n'étaient pas reconnus par la loi et ne produisaient pas des effets civils. Pour la même raison, beaucoup de causes relatives aux nullités et aux empêchements des mariages étaient de la compétence des tribunaux ecclésiastiques.

Déjà avant la révolution de 1789, plusieurs jurisconsultes avaient soutenu que le contrat civil et le sacrement du mariage étaient deux choses distinctes qu'il ne fallait pas confondre. (Pothier, *du Contrat de mariage*, n°s 15 et suiv.) Par l'édit du mois de septembre 1787, ceux qui ne professaient pas la religion catholique furent autorisés à se marier devant un officier de la justice civile, qui prononçait, au nom de la loi, que les parties étaient unies en légitime et indissoluble mariage.

Une des conséquences de la liberté des cultes proclamée par l'Assemblée constituante, c'était la séparation du mariage civil et du sacrement religieux; aussi la constitution des 3-14 septembre 1791, tit. II, art. 7, déclara-t-elle que la loi ne considérait le mariage que comme un contrat civil. Le titre IV du décret du 20 septembre 1792, sur l'état civil, contenait les dispositions nouvelles, qui, sauf quelques modifications faites pendant l'époque intermédiaire, ont régi le mariage jusqu'à la promulgation du présent titre du code civil.

CHAPITRE I.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

NOTIONS GÉNÉRALES.

271. Toute personne peut contracter mariage, si la loi ne l'en déclare incapable. Toutefois, la faculté de contracter mariage dépend de certaines conditions. Ces conditions peuvent être *positives* ou *négatives*. L'absence d'une des conditions requises pour contracter mariage constitue un *empêchement au mariage* (*impedimentum*). Tous les empêchements n'ont pas la même nature ni la même importance.

L'empêchement peut n'être un obstacle qu'au mariage d'une personne déterminée avec d'autres personnes déterminées ; il est appelé *relatif*, comme, par exemple, la parenté ; l'empêchement peut s'opposer à ce qu'une personne contracte mariage en général ; il est *absolu*, comme, par exemple, le défaut d'âge.

L'empêchement est *dirimant* lorsque le mariage contracté au mépris de la loi n'est pas *valable ;* il est *prohibitif* lorsqu'il peut faire obstacle à la célébration du mariage, sans entraîner la nullité du mariage célébré.

I. DES QUALITÉS ET CONDITIONS DONT L'ABSENCE CONSTITUE UN EMPÊCHEMENT DIRIMANT.

A. *De l'âge* (art. 144).

272. Autrefois l'âge requis pour se marier en France était, suivant le droit romain, de quatorze ans pour les garçons et de douze ans pour les filles. Le décret du 20 septembre 1792 exigeait quinze ans pour les garçons, treize ans pour les filles. D'après le code, l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage (article 144). Toutefois le gouvernement peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves (art. 145). Le gouvernement est sou-

verain appréciateur de la gravité des motifs. L'arrêté du 20 prairial an XI détermine la voie à suivre pour obtenir la dispense. La pétition, adressée à cet effet au gouvernement, doit être remise au procureur du roi, qui la transmet, avec son avis, au ministre de la justice, sur le rapport duquel le gouvernement décide. L'arrêté du gouvernement portant dispense est enregistré au greffe du tribunal de l'arrondissement où le mariage doit être célébré, et expédition en est annexée à l'acte de célébration.

En **Belgique**, l'arrêté du 20 prairial an XI a été abrogé et remplacé par l'arrêté royal du 5 janvier 1864, d'après lequel ces dispenses sont accordées par le roi sur le rapport du ministre de la justice. Le ministre de la justice délivre expédition de la dispense pour demeurer annexée à l'acte de célébration. (*Moniteur* du 10 janvier 1864.)

Une vieillesse avancée n'est pas un obstacle au mariage. Le mariage *in extremis*, défendu par la déclaration de 1639, est permis aujourd'hui.

B. *De l'empêchement résultant d'un mariage encore existant* (art. 147).

273. « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier » (art. 147). La bigamie est un crime puni des travaux forcés à temps ; en **Belgique**, de la reclusion (C. pén., art. 340; C. pén. b., art. 391).

Si le premier mariage est nul, le second sera valable; si le premier est valable, le second sera nul (art. 189). Cet empêchement est d'ordre public. Il suit le Belge en pays étranger et régit l'étranger en Belgique, quand même les lois de son pays lui permettraient la polygamie (n° 65).

En cas de divorce, le second mariage n'est pas permis avant la dissolution légalement prononcée du premier. Si le divorce a été prononcé par l'officier de l'état civil avant que le jugement qui l'admet ait acquis la force de la chose jugée, l'époux ainsi divorcé ne peut pas contracter un nouveau mariage. (Brux., 22 août 1821.)

C. *Du consentement des futurs époux.*

1. DU DÉFAUT DE RAISON.

274. Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement (art. 146, 1108). Donc, les personnes entièrement privées de l'usage de la raison, par imbécillité ou démence, sont absolument incapables de contracter mariage, parce qu'elles ne peuvent pas consentir.

Toutes les personnes ayant l'usage de leurs facultés mentales peuvent se marier, pourvu qu'elles puissent manifester leur consentement. Ainsi, le sourd-muet de naissance peut se marier, pourvu qu'il soit en état de manifester sa volonté par signes ou par écrit. (Locré, IV, 319-322; Bordeaux, 29 décembre 1856, D., 1857, 2, 173.) L'individu placé sous conseil judiciaire peut se marier, même sans l'assistance de son conseil; il n'est pas sans raison, ni présumé l'être. Le dément non interdit, qui s'est marié pendant un intervalle lucide, est valablement marié. (Brux., 7 déc. 1874, B. J., t. 33, p. 199; P., 1875, 145.)

275. Mais l'interdit peut-il se marier? Il y a trois opinions : 1° l'interdiction forme toujours un empêchement de mariage; 2° l'interdit peut valablement se marier pendant un intervalle lucide, avec le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé quant au mariage (art. 509, 148, 150, 159, 160), c'est-à-dire des ascendants, ou, s'il n'y en a pas, avec le consentement du conseil de famille (Zach., § 451, n° 1; § 464, n° 1); 3° l'interdit peut contracter mariage pendant un intervalle lucide, sans avoir besoin du consentement d'une autre personne. (Demolombe, n[os] 126-128; Laurent, t. II, n[os] 286 et suiv.)

La première opinion est juste. Car le code civil a repoussé le système de l'ancien droit qui distinguait entre les actes posés par le dément pendant un intervalle lucide et ceux posés pendant la folie, parce qu'il est difficile de reconnaître quand il y a un intervalle lucide. L'interdit est toujours présumé agir sans raison. C'est pourquoi tous les actes qu'il a passés sont nuls de droit (art. 502). Il n'est pas probable que le législateur ait voulu faire une exception pour un des actes les plus importants de la vie, le

mariage. Les travaux préparatoires du code viennent à l'appui de ce système. Le premier projet et celui de la commission du conseil d'État contenaient un article qui déclarait que l'interdit pour cause de fureur ou de démence était incapable de contracter mariage. Cette disposition fut retranchée, sur l'observation du consul Cambacérès qu'elle était une conséquence naturelle de la règle de l'article 146. (Locré, IV, 312, 322.) Le Tribunat proposa de la rétablir, mais le conseil d'État persista dans son opinion.

Si le code eût autorisé le mariage de l'interdit, il n'aurait pas manqué de prescrire quelles personnes devraient consentir à son mariage et à ses conventions matrimoniales, ainsi qu'il l'a fait pour le mariage des mineurs (art. 160, 1398). Enfin, l'article 174 confirme cette opinion en donnant aux parents collatéraux le droit de former opposition au mariage de leur parent, s'il est en état de démence, mais à la charge de provoquer son interdiction.

Les considérations qui ont été mises en avant militent aussi en faveur de cette opinion. Car si l'interdit est dans un état mental tel qu'il puisse raisonnablement songer à se marier, l'interdiction peut être levée, et, au besoin, être remplacée par la nomination d'un conseil judiciaire.

2. DES VICES DU CONSENTEMENT.

276. La validité du mariage exige un consentement libre des époux. Le consentement n'est pas libre s'il a été vicié par l'erreur ou par la violence.

277. 1° Le mariage peut être attaqué lorsqu'il y a *erreur dans la personne* ou sur l'identité de la personne physique, c'est-à-dire, lorsque la personne physique que l'un des conjoints aurait épousée ne serait pas la même que celle qu'il voulait épouser; par exemple, s'il y a eu substitution d'une personne à une autre au moment de la célébration du mariage (art. 180). Alors l'erreur est incontestablement une cause de nullité du mariage. Mais ce cas est bien rare; aussi, n'est-ce pas le seul où il y ait nullité pour cause d'erreur. L'article 180 en prévoit d'autres encore.

Les discussions prouvent que les auteurs du code ont voulu admettre l'erreur comme une cause de nullité du mariage lorsqu'elle porte sur la personne civile ou sociale de l'un des conjoints

et que le mariage n'eût pas été contracté sans cette erreur. Mais les discussions démontrent aussi que les législateurs éprouvaient une grande difficulté à formuler leur idée, surtout à tracer une ligne de séparation bien tranchée entre l'erreur sur la personne civile ou sociale, et l'erreur sur les simples *qualités* de la personne. Le premier consul disait que l'erreur sur l'identité morale du nom, de l'état et des autres circonstances qui ont déterminé le choix de la personne, devait aussi être une cause de nullité du mariage. Tronchet disait que, l'erreur dépendant de circonstances qui se diversifient tellement à l'infini, que la loi ne peut toutes les embrasser, la loi ne doit que poser le principe, et ne pas déterminer les divers cas où il y a erreur. Suivant Thibaudeau, tout individu a des qualités essentielles qui constituent son existence, qui la *personnalisent,* pour ainsi dire; l'erreur sur ces qualités constitue une erreur de personne; cela avait toujours été ainsi entendu en droit, et c'est dans ce sens que le mot *personne* avait constamment été pris. Tronchet faisait observer que les tribunaux avaient demandé qu'on se servît des mots *erreur sur l'individu,* au lieu de : *erreur sur la personne;* c'est parce que cette rédaction n'impliquait qu'une erreur sur la personne *physique,* qu'elle n'a pas été adoptée. (Locré, IV, p. 326, 362-364.)

278. Mais quand y a-t-il erreur sur la personne *civile* ou *sociale?* On peut essayer de formuler une règle, mais on ne saurait la tracer avec précision. A cause de la diversité des cas, il faut laisser un certain pouvoir d'appréciation au juge.

Les éléments les plus essentiels qui constituent l'existence de la personne dans la société, c'est son état civil ou de famille, et sa capacité juridique ou sa jouissance des droits civils et civiques. L'erreur qui tombe sur un de ces deux points, peut donc être considérée comme portant sur la personne civile ou sociale. Ainsi, il a été jugé avec raison, qu'une femme, ayant épousé un aventurier et faussaire qui l'a trompée, et s'est attribué une fausse filiation en se faisant passer pour une personne qui n'existait pas, peut demander la nullité de ce mariage. (Bourges, 6 août 1837.) Dans ce cas, il y avait à la fois erreur sur l'état civil et sur l'état juridique de la personne. Par la même raison, il faut admettre qu'une femme qui aurait épousé par erreur un forçat libéré peut demander la nullité de ce mariage. L'individu n'avait pas la jouis-

sance de la plénitude de son honneur, de ses droits civils et politiques, éléments essentiels de la personnalité. On peut invoquer à l'appui de cette solution l'article 232 du code civil, qui permet à l'un des époux de demander le divorce lorsque l'autre a été condamné à une peine infamante. Par les mêmes raisons, et en faveur du principe de la liberté de conscience, il a été jugé qu'une femme catholique qui avait épousé un ci-devant moine profès qu'elle ignorait engagé dans les vœux religieux pouvait demander la nullité de ce mariage. (Colmar, 6 décembre 1811.)

Dans l'affaire de Zoé H... c. B..., qui a eu beaucoup de retentissement, la cour de Paris, par arrêt du 4 février 1860, confirmant le jugement du tribunal de la Seine du 20 juin 1859, a jugé que le mariage contracté par une femme avec un forçat libéré dans l'ignorance de cette condamnation, ne peut être annulé pour cause d'erreur dans la personne, parce que c'est simplement une erreur sur la qualité, et non pas une erreur sur l'individualité physique ni sur l'individualité civile, le mari ne s'étant pas présenté sous un faux état civil (D., 1860, 2, 87). Cet arrêt fut cassé le 11 février 1861 et la cause renvoyée devant la cour d'Orléans (D., 1861, 1, 49), laquelle jugea comme la cour de Paris, par arrêt du 6 juillet 1861 (D., 1861, 2, 132). La cour suprême, jugeant chambres réunies, s'est rangée à l'avis des deux cours d'appel par arrêt du 24 avril 1862, rendu sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin (D., 1862, 1, 153).

L'erreur qui ne tombe que sur les qualités physiques ou morales de la personne n'est pas une cause de nullité du mariage; par exemple : l'erreur sur le caractère, sur l'âge, le rang, la fortune, les mœurs, la nationalité, la virginité. Il y a des circonstances dans lesquelles il est difficile de déterminer si l'erreur doit être considérée comme tombant simplement sur une qualité, ou bien sur la personne civile ou sociale.

Il importe peu que l'erreur soit le résultat du dol ou non. Lorsque l'erreur, d'après ce qui précède, suffit pour autoriser à demander la nullité du mariage, elle vicie par elle-même le consentement; lorsqu'elle n'a pas ce caractère, elle ne vicie pas le consentement, quand même elle aurait été provoquée par le dol de l'un des contractants ou d'un tiers.

C'est pour ce motif que le *dol* seul n'est pas une cause de nullité du mariage quand même les manœuvres pratiquées par l'une des parties seraient telles, que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116). Au reste, la solidité du lien du mariage serait trop souvent compromise s'il pouvait être attaqué sous prétexte de manœuvres frauduleuses.

279. 2° La violence (art. 180, 181). La violence morale vicie le consentement comme la violence physique, pourvu que l'une et l'autre aient le caractère défini par les articles 1111-1114 du code. Le mariage contracté par suite de violence n'en serait pas moins nul si l'époux violenté avait, par sa conduite, occasionné la violence; par exemple, si le père de la fille séduite avait forcé le séducteur à l'épouser.

Le rapt de violence vicie le consentement. D'après le droit romain, les capitulaires et le droit canon, le rapt était un obstacle dirimant perpétuel et absolu au mariage entre le ravisseur et la personne ravie. Le droit canon, et plus tard l'ordonnance française de 1639, ont aboli cet obstacle en déclarant le mariage valable, si la personne ravie l'avait contracté après qu'elle avait cessé d'être en la puissance du ravisseur. (*Concil. Trid.*, sess. 24, c. 6.)

D. *Du consentement des ascendants ou de la famille.* (Art. 148-160.)

280. Avant l'âge déterminé par la loi, nul ne peut se marier sans le consentement de ses père et mère ou des autres personnes sous l'autorité desquelles il se trouve placé à l'égard du mariage. Parmi ces personnes, les ascendants ne doivent aucun compte des motifs pour lesquels ils refusent de consentir au mariage. A quelque âge que l'on se marie, il faut toujours demander conseil à ses ascendants les plus proches. Ces règles sont les mêmes pour les émancipés comme pour ceux qui ne le sont pas; elles s'appliquent à un second mariage comme au premier. Elles ont pour motif le respect qu'à tout âge l'enfant doit à ses père et mère (art. 371); l'intérêt d'honneur et de fortune que toute une famille peut avoir au mariage d'un de ses membres, et la nécessité de

mettre surtout ceux qui se marient encore jeunes, à l'abri des dangers de l'inexpérience et des passions.

1. DES ENFANTS LÉGITIMES.

281. Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère (art. 148). La différence d'âge entre les fils et les filles est fondée sur le double motif que le développement de la femme est plus précoce que celui de l'homme (art. 144), et qu'une attente trop longue pourrait priver la fille de l'occasion de s'établir.

En cas de dissentiment, le consentement du père suffit, parce qu'il est le chef de la famille. Toutefois, cette disposition ne dispense pas de la nécessité de consulter la mère. Il *faut constater* qu'elle a été consultée, par exemple, par un acte respectueux, et l'officier de l'état civil ne peut pas célébrer le mariage sans avoir la preuve de cette formalité (art. 156, 371).

282. Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit, quand même ce dernier serait remarié; car le convol en secondes noces de l'époux survivant n'éteint pas la puissance paternelle qu'il a sur les enfants du premier lit (art. 149).

Les cas d'impossibilité de manifester sa volonté sont: l'absence présumée ou déclarée, l'interdiction judiciaire, l'état d'aliénation mentale.

283. Si le père et la mère sont morts ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent; s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul, par le motif indiqué au nº 281 (art. 150). D'après l'esprit de la loi, il faut, en cas de décès des aïeuls, appliquer cette règle aux bisaïeuls et bisaïeules, si leur existence est constatée; mais il résulte de cet article que, si le décès des aïeuls et aïeules du futur époux est prouvé, il n'est plus nécessaire de constater le décès des bisaïeuls et bisaïeules. Les pères, mères, aieuls et aïeules des époux sont présumés vivants, jusqu'à la preuve contraire. Les ascendants d'un

degré plus éloigné ne sont plus présumés vivants (art. 283). Autrement il n'y aurait plus de limite à la nécessité d'établir le décès.

S'il y a dissentiment entre les deux lignes des ascendants des futurs époux, ce partage emporte consentement (art. 150, alinéa 2). Par exemple, l'aïeule maternelle, à défaut d'aïeul, consent au mariage; les aïeul et aïeule paternels refusent le consentement. Le mariage peut être contracté, parce que, dans le doute, la loi se prononce pour la liberté et en faveur des mariages.

284. L'impossibilité de manifester sa volonté se constate de la manière suivante : 1° l'absence déclarée ou présumée par le jugement de déclaration d'absence ou par le jugement qui a ordonné l'enquête; ou, s'il n'y a point encore eu de jugement, par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu où l'ascendant a eu son dernier domicile connu. Cet acte doit contenir la déclaration de quatre témoins appelés d'office par ce juge de paix. (Pau, 15 oct. 1872, D., 1874, 2, 134.) Il ne faut pas confondre cet acte de notoriété avec celui dont traitent les articles 70-72. 2° L'interdiction (art. 155) judiciaire se prouve par la production du jugement qui l'a prononcée.

Mais comment prouve-t-on l'aliénation mentale si l'ascendant, dont le consentement est nécessaire, n'est pas interdit? Suivant quelques auteurs, il faut nécessairement provoquer son interdiction. (Toullier, t. I, n° 543.) D'autres conseillent ce moyen, comme le plus prudent, sans le considérer comme absolument nécessaire. Ils distinguent, si le dément est placé dans un établissement d'aliénés ou non. Dans le premier cas, ils considèrent comme une preuve suffisante de la démence le certificat du directeur de l'établissement. Dans le second, l'officier de l'état civil peut, en l'absence du consentement et de toute preuve légale de l'impossibilité de le manifester, refuser de célébrer le mariage. Mais le futur époux qui a besoin du consentement, peut faire constater par le tribunal, soit en le saisissant par requête, soit en assignant l'officier de l'état civil, que son ascendant est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Le tribunal peut constater cette impossibilité par tous les moyens d'instruction conformes à la circonstance, par exemple par acte de notoriété, par la comparution en personne, par témoins, sans devoir prononcer l'interdiction. Cette dernière opinion est préférable, peu importe que le dément soit

dans une maison de santé ou non. Car aucune disposition de la loi ne dit que l'impossibilité de manifester sa volonté pour cause de démence, ne puisse résulter que de l'interdiction. La démence est un fait palpable qui tombe sous les règles ordinaires de l'appréciation des faits. (Demolombe, t. III, n° 43; Poitiers, 11 mars 1830.)

En **Belgique**, cette solution ne semble plus être susceptible de doute, depuis que la loi du 18 juin 1850, sur le régime des aliénés, a prescrit la manière de constater l'aliénation mentale pour l'admission dans une maison de santé (art. 7-11).

285. Pour constater le décès d'un ascendant dont le consentement est requis pour la validité du mariage, il n'est pas rigoureusement nécessaire de produire son acte de décès. Si les père et mère sont morts, ce décès peut être attesté par l'aïeul ou l'aïeule, et mention est faite de leur attestation dans l'acte de mariage. Il faut admettre aussi que le décès de l'un des conjoints peut être attesté de la même manière par l'autre. Si tous les ascendants, dont le consentement est requis sont morts, et si l'on est dans l'impossibilité de produire l'acte de leur décès ou la preuve de leur absence, faute de connaître leur dernier domicile, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration sous serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile de leurs ascendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi par le serment des quatre témoins de l'acte de mariage et mention de ces déclarations doit être faite dans l'acte de mariage. (Avis du cons. d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII — 23 juillet 1805.)

286. Si les ascendants sont décédés ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage, sans le consentement du conseil de famille (art. 160). Après l'âge de vingt et un ans, les fils et les filles peuvent se marier sans autre consentement que le leur. Après cet âge, la loi n'exige pas le consentement des parents collatéraux, parce que leurs affections plus éloignées sont aussi plus incertaines.

Les tuteur, subrogé tuteur et les membres de l'assemblée peuvent se pourvoir contre la décision du conseil de famille lorsqu'elle n'a pas été unanime, soit qu'elle porte consentement ou

refus de consentement. Il en était ainsi sous l'ancien droit. (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 336.) Aujourd'hui, l'article 883 du code de procédure admet, d'une manière générale et sans distinction le droit de se pourvoir contre les délibérations du conseil de famille, qui n'ont pas été prises à l'unanimité. Au reste, de graves abus pourraient résulter du pouvoir souverain conféré au conseil de famille. Des parents, déterminés par des motifs d'intérêt, pourraient empêcher un mariage avantageux; et d'un autre côté, des personnes étrangères à la famille, des amis ou des indifférents composant le conseil, pourraient donner avec trop de facilité leur consentement à un mariage peu convenable. (Valette sur Proudhon, t. I, p. 399, note 2; Toullier, t. I, n° 547. *Contrà,* Demolombe, t. III, 86.)

287. Le consentement des ascendants ou de la famille doit être donné au moment de la célébration du mariage. Jusqu'alors il est révocable. Il s'ensuit que si l'ascendant qui avait donné son consentement venait à mourir avant la célébration du mariage, il faudrait le consentement de celui ou de ceux que la loi appelle à remplacer le décédé.

Les ascendants peuvent donner leur consentement en personne devant l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage, ou par un acte authentique spécial contenant les noms, professions et domiciles des futurs époux.

Il est vrai que le texte de l'article 73 dit : *du futur époux*, c'est-à-dire de celui qui a besoin du consentement. Mais l'*autre* époux doit aussi être désigné; un consentement vague et général au mariage serait l'abdication de la puissance et de la haute direction qui appartient aux ascendants. (Valette, *Cours*, p. 168-169; Laurent, t. II, n° 320.)

Le consentement du conseil de famille doit être constaté par une expédition de la délibération, contenant les noms, professions et domiciles de tous ceux qui ont concouru à cet acte, ainsi que leur degré de parenté (art. 73).

288. L'acte de célébration du mariage doit énoncer le consentement des ascendants ou celui de la famille dans le cas où ils sont requis (art. 76, 4°). L'officier de l'état civil qui a *omis d'énoncer* le consentement dans l'acte de mariage, dans les cas où ce consentement est requis pour la validité du mariage, sera

à la diligence des parties intéressées et du procureur du roi, condamné à une amende dont le minimum est indéterminé et dont le maximum ne peut excéder trois cents francs, et, en outre, à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois. (C. civ., art. 156, 192.) L'officier de l'état civil, qui, dans le même cas, ne s'est point *assuré de l'existence de ce consentement*, sera puni d'une amende de seize à trois cents francs et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus. (C. pén., art. 193.) Cet article n'a pas dérogé à l'article 156 du code civil, comme on l'a soutenu. Car l'article 195 du code pénal dit que les peines qu'il commine sont sans préjudice des *autres* dispositions pénales du titre V du livre Ier du code civil. Ces peines doivent être appliquées lors même que la nullité des actes irréguliers n'aurait pas été demandée. (C. pén., art. 195.)

En **Belgique**, toutes ces dispositions pénales sont remplacées aujourd'hui par l'article 264 du nouveau code pénal, aux termes duquel les *deux* délits prévus par les articles 192 et 193 de l'ancien code pénal sont punis de la *même peine*, savoir d'une amende de vingt-six à cinq cents francs. (Voy. *infrà*, n° 301.)

2. DES ENFANTS NATURELS.

289. Sous l'ancien droit, la nécessité pour les enfants légitimes d'obtenir le consentement de leurs ascendants à leur mariage, était considérée comme une conséquence de la puissance paternelle, laquelle était un des effets civils du mariage. C'est pour cette raison que les père et mère n'avaient pas la puissance paternelle sur leurs enfants naturels. L'enfant naturel mineur qui voulait se marier n'était pas tenu d'obtenir ni de requérir le consentement de ses père ou mère, mais celui de son tuteur; s'il n'en avait pas, on lui en donnait un. (Pothier, *Contrat de mariage*, n° 342.)

Les auteurs du code sont partis de l'idée que c'est l'intérêt de l'enfant, autant que la puissance paternelle, qui doit motiver la nécessité du consentement des père ou mère. C'est pourquoi l'enfant naturel mineur reconnu a besoin, pour se marier, du consentement de son père et de sa mère, s'il a été reconnu par tous les deux, ou de celui des auteurs de ses jours qui l'a reconnu,

s'il ne l'a été que par l'un d'eux. Le consentement des aïeuls ou aïeules n'est pas requis, parce que, aux yeux de la loi, l'enfant naturel n'a pas de famille (art. 158, arg., art. 756).

290. L'enfant naturel âgé de moins de vingt et un ans accomplis, qui n'a pas été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne peut se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé (art. 159). La nomination d'un tuteur *ad hoc* est nécessaire, quand même l'enfant a un tuteur général, à moins que ce dernier n'ait reçu du conseil de famille un pouvoir spécial de consentir au mariage. Le tuteur doit être nommé par le conseil de famille qui sera composé, si l'enfant a été reconnu, des personnes qui ont eu des relations habituelles d'amitié avec le père et la mère, et que le juge de paix composera comme il le jugera le plus convenable, si l'enfant n'a pas été reconnu (art. 407, 409).

La loi a prescrit le consentement d'un tuteur *ad hoc* plutôt que celui du conseil de famille, parce que, en chargeant *une seule* personne de la responsabilité morale de la détermination, elle a cru donner à l'enfant une garantie plus forte d'un examen sérieux et réfléchi.

E. *De l'empêchement résultant de la parenté et de l'alliance* (art. 161-164).

291. La parenté est le lien qui s'établit par la génération entre deux personnes qui ont un auteur commun ou dont l'une est l'auteur de l'autre. La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations. Chaque génération forme un *degré*, et la suite des degrés forme la *ligne*. On appelle *ligne directe* la suite des degrés entre personnes qui descendent les unes des autres; *ligne collatérale*, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun. La ligne directe est ou *descendante* ou *ascendante*. En ligne directe on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes. En ligne collatérale les degrés se comptent par les générations depuis l'un des parents jusques et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci à l'autre parent. Ainsi,

le fils est, à l'égard du père, parent en ligne directe descendante au premier degré; le petit-fils, à l'égard du grand-père, au second degré. Deux frères sont parents en ligne collatérale au deuxième degré, l'oncle et le neveu le sont au troisième, les cousins germains au quatrième degré (art. 735-738).

On distingue la parenté légitime qui a sa source dans le mariage; la parenté purement *naturelle* qui a sa source dans la génération seulement, sans qu'il y ait eu mariage, et la parenté purement *civile* ou *fictive*, qui résulte de l'adoption.

L'*alliance* est un lien qui existe entre l'un des époux et les parents de son conjoint. On est allié à une personne au même degré auquel on est parent de son conjoint. Il n'y a pas de lien d'alliance entre les parents de l'un des époux et les parents de l'autre. Ainsi, deux frères peuvent épouser deux sœurs; père et fils peuvent épouser des sœurs; le père peut épouser la belle-mère de son fils; l'enfant du premier lit du mari peut épouser l'enfant du premier lit de la femme.

292. 1° En ligne directe le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels (art. 161). Le principe que les enfants naturels n'ont pas de famille n'est pas applicable ici. Ainsi, quelqu'un ne pourrait pas épouser la fille naturelle de son fils.

293. 2° En ligne collatérale le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Toutefois, le gouvernement peut, pour des motifs graves, lever les prohibitions des mariages entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu. Pour obtenir cette dispense il faut suivre la voie prescrite par l'arrêté du 20 prairial an XI ; en **Belgique**, par l'arrêté du 5 janvier 1864 (n° 272). Le mariage n'est pas défendu entre l'oncle et la nièce ou la tante et le neveu qui sont unis par le lien d'une parenté purement naturelle. En ligne *collatérale*, l'article 162 défend le mariage seulement entre frères et sœurs naturels.

Le mariage est-il prohibé entre le grand-oncle et la petite-nièce? La question est controversée. L'avis du conseil d'État du 23 avril 1808, invoqué pour la négative, n'a pas été approuvé par le chef du gouvernement. Une décision du 7 mai 1808, invoquée en sens contraire, n'a pas même été rendue dans la forme

ordinaire soit des décrets, soit des avis du conseil d'État. La question doit se décider d'après le code. Ce mariage est prohibé. Car le terme *oncle*, dans l'article 163, comprend aussi le *grand-oncle*. L'empêchement ne dérive pas de la proximité du degré, mais de la nature de la relation qui existe entre le grand-oncle et la petite-nièce, de même qu'entre l'oncle et la nièce, rapport qui a quelque analogie avec celui existant entre les père et mère et les enfants, et que les commentateurs appelaient *respectus parentelæ; quia parentum loco habentur*, disent les jurisconsultes romains. Le droit romain et l'ancienne jurisprudence française défendaient aussi le mariage entre le grand-oncle et la petite-nièce. (§ 3, J. *de nuptiis*, I, 10; Pothier, *Mariage*, n° 148; Cass. Fr., 28 novembre 1877, D., 1878, I, 209. Voy., en sens *contraire*, Nîmes, 13 août 1872, D., 1872, II, 169, et Laurent, t. II, n° 357.)

294. Entre les alliés le mariage est prohibé en ligne directe, à quelque degré que ce soit (art. 161). Ainsi, on ne peut pas épouser la mère de sa femme, ni la fille qu'elle a eue d'un autre lit.

En ligne collatérale le mariage est prohibé entre les alliés au second degré, c'est-à-dire entre beau-frère et belle-sœur (art. 162). Toutefois, en **Belgique**, le gouvernement peut accorder dispense de cet empêchement pour des causes graves (L. du 23 avril 1827), mais seulement dans le cas où le mariage est dissous par la mort de l'un des époux. (L. du 28 février 1831 et l'arrêté du 5 janvier 1864, *suprà*, n° 272.) Au delà du second degré, l'alliance n'est plus un empêchement; ainsi le mariage est permis entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu par alliance.

En **France**, la même dispense est autorisée par la loi du 16 avril 1832.

L'obstacle résultant de l'alliance ne produit son effet qu'après la dissolution du mariage d'où l'alliance est née. Car tant que ce mariage existe, il forme lui-même obstacle à un mariage entre les alliés. Ainsi, il n'est pas exact de dire, en s'appuyant sur l'article 206, que l'alliance cesse après la dissolution du mariage; car autrement la prohibition de la loi n'aurait aucun sens. Il importe peu qu'il y ait eu des enfants du mariage dissous ou non. L'article 206 ne déclare pas que l'alliance a cessé en cas de dissolution du mariage, mais il fait seulement cesser un des effets, une des obligations produites par l'alliance.

295. L'alliance résultant d'un commerce illégitime dont la preuve est légalement établie, est-elle un empêchement de mariage? D'après le droit canon, le commerce illicite créait une affinité qui était un empêchement de mariage. Un homme, qui avait vécu en concubinage avec une femme ne pouvait pas épouser la mère, la fille ou la sœur de cette femme. Mais cette affinité n'était un empêchement qu'autant qu'elle avait été notoire. La preuve du commerce illicite pouvait être faite par tous les moyens de droit, même par témoins. Aujourd'hui, tous les jurisconsultes, quelle que soit leur opinion sur la question même, sont d'accord que l'affinité naturelle ne peut être un empêchement de mariage que lorsque le commerce illicite est authentiquement prouvé, par exemple, par la reconnaissance d'un enfant naturel de la part du père et de la mère, ou par un jugement de condamnation pour adultère. Mais, même ceci admis, il y a controverse sur la question de savoir si le commerce illégitime crée un empêchement au mariage.

Les auteurs qui soutiennent l'affirmative s'appuient sur ce que le code n'ayant pas défini l'alliance ni l'affinité, il faut en puiser la définition dans l'ancien droit, d'après lequel l'affinité est créée par la cohabitation indépendamment du mariage; sur ce que les articles 161 et 162 assimilent à tous égards la parenté et l'alliance; sur des considérations morales et des raisons d'honnêteté publique (*publicæ honestatis causa*). (Zachariæ, § 461, notes 9 et 12; Nîmes, 3 déc. 1811 dans ses motifs; Paris, 18 mars 1850, Dalloz, 1851, II, 30; J. P., 1850, I, 221.)

Pour l'opinion contraire on dit que, d'après la définition, tant des anciens jurisconsultes français que du droit romain, l'alliance proprement dite ne se forme que par le *mariage;* que partout dans la loi le mot *allié* ne s'applique qu'à l'alliance résultant du mariage. (Fr. 4, §§ 3 et 8 D. *De gradibus*, 38, 10; Pothier, *Contrat de mariage*, n° 150.) L'empêchement de l'ancien droit était fondé plutôt sur un motif d'honnêteté publique que sur une véritable alliance, puisqu'il n'existait que lorsqu'il avait causé du scandale par la publicité de la relation illégitime. On ne peut pas créer des prohibitions que la loi n'a pas formellement énoncées.

Cette opinion est préférable, d'autant plus que le texte des articles 161 et 162 ne joint les mots *légitimes* ou *naturels* qu'aux mots

ascendants ou *descendants*, et non pas au mot *alliés*. C'était pour eux surtout qu'il eût fallu les ajouter. (Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 4, art. 3; Valette sur Proudhon, I, p. 402, 403; Demol., III, 112.)

Il suit de là que lorsqu'un mariage a été annulé, l'un des époux peut valablement contracter mariage avec les parents de l'autre.

II. DES EMPÊCHEMENTS PROHIBITIFS.

A. *Du défaut de consentement des ascendants.*

296. A tout âge, l'enfant qui veut se marier doit demander le consentement de ses père et mère. Mais l'effet du refus du consentement n'est pas toujours le même. Le fils âgé de moins de vingt-cinq ans et la fille âgée de moins de vingt et un ans *ne peuvent pas contracter mariage* sans le consentement de leurs père et mère ou autres ascendants (n° 280-290.) Après cet âge, les enfants deviennent eux-mêmes les arbitres de leur propre destinée; pour la fixer ils n'ont besoin du concours d'aucune autre volonté. (Discours de Portalis: Locré, IV, 489.) La validité du mariage ne dépend plus du consentement des père et mère; mais les enfants sont encore obligés de demander aux auteurs de leurs jours leur consentement, afin de leur témoigner de la déférence et du respect.

L'édit d'Henri II, de 1556, ordonna que les enfants de famille qui avaient contracté mariage sans le consentement de leurs père et mère pourraient être exhérédés par eux. D'après l'ordonnance de Blois de 1579, la peine de l'exhérédation continua d'exister à l'égard des fils jusqu'à trente ans et à l'égard des filles jusqu'à vingt-cinq ans; mais, passé cet âge, ils en furent affranchis, pourvu qu'avant de contracter mariage ils eussent requis l'avis de leurs père et mère. Les actes par lesquels cet avis devait être requis étaient appelés *sommations respectueuses*. D'après la loi du 20 septembre 1792, tout majeur de vingt et un ans pouvait se marier sans qu'il fût nécessaire d'obtenir le consentement ou même de demander l'avis de ses père et mère.

297. Le fils qui a atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui a atteint l'âge de vingt et un ans accomplis sont tenus, avant de contracter mariage, de demander, par un acte respectueux et formel, le conseil de leur père et de leur mère ou celui

de leurs aïeuls et aïeules, lorsque leur père et leur mère sont décédés, ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté (art. 151). Après l'âge respectivement de vingt-cinq et de vingt et un ans, le conseil doit être demandé aux mêmes personnes dont le *consentement au mariage* est nécessaire avant cet âge, excepté au conseil de famille. Depuis l'âge de vingt-cinq ans jusqu'à l'âge de trente ans accomplis pour les fils, et depuis la majorité de vingt et un ans jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans pour les filles, l'acte respectueux qui n'a pas été suivi du consentement au mariage doit être renouvelé deux autres fois de mois en mois. Les mois se comptent de quantième à quantième; il ne faut pas trente jours francs: si le premier acte a été fait le 10 janvier, le second peut être fait le 10 février et ainsi de suite. (Gand, 27 décembre 1850, B. J., t. 10, 970; P., 1851, 39; Laurent, t. II, n° 328.) Le second ou le troisième acte ne peut pas être fait plus tôt à peine de nullité. Un mois après le troisième acte il peut être passé outre à la célébration du mariage (art. 152 et *infra*, n° 345). Si, à cause de l'inobservation des formalités ou des délais prescrits par la loi, de deux actes ou de trois actes successifs le premier est nul, le second devient le premier et ainsi de suite. (Trib. civil de Gand, 27 fév. 1861, B. J., t. 19, 547.) Mais l'acte ou les actes qui ont précédé l'acte nul sont valables.

Après l'âge de trente ans pour les fils et après l'âge de vingt-cinq ans pour les filles (c'est ainsi qu'il faut entendre l'art. 153), il peut être, à défaut de consentement sur *un* acte respectueux, passé outre, un mois après, à la célébration du mariage.

298. L'acte respectueux doit, sous peine de nullité, être conçu dans un langage respectueux et contenir la demande de conseil aux parents. Il doit être revêtu de toutes les formalités requises par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés. L'acte doit être notifié à l'ascendant dont le conseil doit être demandé, par deux notaires ou par un notaire et deux témoins (art. 154). La loi veut que les actes respectueux ne soient pas notifiés par des huissiers mais par des notaires, parce que ce sont les officiers publics dépositaires des secrets des familles, ceux dont elles réclament habituellement le ministère pour régler amiablement leurs intérêts. Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit présent en personne à la notification, ni qu'il s'y fasse repré-

senter par un fondé de pouvoirs. Les notaires, par cela seul qu'ils présentent les actes respectueux, sont présumés être munis des pouvoirs de l'enfant. Ils n'ont pas besoin d'en fournir la preuve spéciale.

La notification de l'acte respectueux doit être faite à la personne de ceux dont le consentement est requis, à chacun une copie séparée. Il a été jugé que l'acte est nul s'il n'a été laissé qu'une *seule* copie pour les *père et mère*, alors surtout que l'un d'eux était absent au moment de la notification. (Audenarde, trib. civil, 30 juillet 1862, B. J., t. 21, 175.) Si l'ascendant ne se trouve pas à son domicile ou s'il défend l'entrée de son appartement, la notification doit être faite au domicile. Les notaires dressent procès-verbal de la notification et de la réponse, ou du refus de réponse, ou de l'absence, et ce procès-verbal doit être notifié à la personne ou au domicile de celui dont le conseil a été demandé. Ils doivent indiquer, à peine de nullité de l'acte, la cause qui les a empêchés de parler à l'ascendant. (Gand, tribunal civil, 27 fév. 1861, B. J., t. 19, 547.)

299. Lorsque l'ascendant auquel eût dû être fait l'acte respectueux est absent ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, il peut être passé outre à la célébration du mariage, à moins qu'il n'existe un autre ascendant auquel le conseil doive être demandé, conformément à l'article 151. La preuve de cette impossibilité ou de l'absence se fait de la manière indiquée aux nos 284 et 285 (art. 155).

300. Les règles énoncées aux numéros 296-299 sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus (art. 158).

301. Le mariage contracté sans qu'il y ait eu des actes respectueux dans les cas où ils sont prescrits, n'est pas nul. La loi a trouvé la sanction de ses dispositions dans la responsabilité de l'officier de l'état civil. L'officier de l'état civil qui a célébré le mariage dans ce cas sera condamné à une amende qui ne pourra excéder trois cents francs et à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'un mois. (Code civil, art. 157, 156, 192; code pénal, art. 195; rapport du tribun Gillet, n° 3; Locré, IV, 599.)

En **Belgique**, la pénalité est de vingt-six à cinq cents francs d'amende (code pén. b., art. 264, alin. 2). D'après l'article 265 du même code, l'officier de l'état civil sera puni d'un emprison-

nement de trois mois à un an et d'une amende de cinquante à cinq cents francs, s'il a célébré un mariage *contre le gré* des personnes dont le consentement est requis.

B. *De l'adoption.*

302. Le mariage est prohibé : 1° entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; 2° entre les enfants adoptifs du même individu; 3° entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant; 4° entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (art. 348). Ces empêchements sont fondés sur ce que l'adoption produit entre l'adoptant et l'adopté une parenté civile, et à l'égard des autres personnes désignées dans cet article, sur la nécessité de maintenir, entre ceux qui vivent sous le même toit, la pureté des relations (Demolombe, III, 109.) Aucune disposition de la loi n'attache la nullité au mariage contracté en dépit de cet empêchement. (Arg., art. 184.) Il n'y a pas de pénalité contre l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage en dépit de ces prohibitions

C. *Du délai que la femme doit observer entre la dissolution d'un premier mariage et la célébration d'un second.*

303. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent, arrivée soit par la mort de son mari, soit par le divorce pour cause déterminée (art. 228, 296). Cette règle s'applique même à la femme étrangère divorcée d'après les lois de son pays, quand même sa loi personnelle l'autoriserait à se remarier aussitôt après son divorce. (Paris, 13 fév. 1872, D., 1873, 3, 160.) Sous l'ancien droit, le délai était d'un an, appelé l'*an de deuil*. Cet empêchement est fondé sur le double motif de prévenir l'incertitude de la paternité et de respecter la décence publique. Le délai doit être observé quand même la femme serait accouchée peu de jours après la dissolution du précédent mariage.

L'officier de l'état civil qui a reçu, avant le terme prescrit par l'article 228, l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée, sera puni d'une amende de 16 francs à 300 francs (C. pén.,

art. 194) de 26 francs à 500 francs (C. pén. b., art. 264, alinéa 3).

D. *Des empêchements provenant du divorce.*

304. Outre celui mentionné au n° 303, résultant pour la femme de la dissolution du mariage en général, la loi a créé, pour les deux époux, trois espèces d'empêchements qui peuvent résulter du divorce :

1° Les époux qui ont divorcé, pour quelque cause que ce soit, ne peuvent plus se réunir (art. 295). C'est un empêchement relatif.

2° En cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce (art. 297).

3° Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298). (Fr., 11, § 11 ; fr., 40, D., *Ad legem Juliam de adulteriis*, 48, 5; Nov., 134, c. 12.)

Quelques jurisconsultes soutiennent que ce dernier empêchement est dirimant; que, si le code garde le silence sur la nature de cet empêchement dans le chapitre *Des demandes en nullité du mariage*, c'est parce que cet empêchement a été décrété au titre du divorce, décrété après le titre du mariage. (Valette sur Proudhon, t. I, p. 407, note 6.) Mais rien n'aurait empêché le législateur d'ajouter au titre du divorce, par qui le mariage contracté au mépris de l'article 298 pourrait être attaqué, si son intention eût été de le considérer comme absolument nul. Il faut donc admettre, avec la plupart des jurisconsultes, que cet empêchement n'est que prohibitif. On ne peut pas ajouter aux nullités formellement établies par la loi. (Toullier, t. I, 651 ; Zachariæ, § 463, 5°; Brux., 14 mars 1865, B. J., t. 23, 465; P., 1865, 103 et la note.)

Dans aucun de ces trois cas, il n'y a une pénalité pour l'officier de l'état civil.

E. *De l'empêchement résultant des obligations relatives à la milice.*

305. En **Belgique,** d'après l'article 197 de la loi de 1817 sur a milice nationale, il est défendu aux officiers de l'état civil, sous

peine de 1,000 florins d'amende et, en cas d'insolvabilité, d'une à deux années d'emprisonnement, de marier aucun individu de sexe masculin, s'il n'a représenté la preuve légale qu'il a été par lui satisfait jusqu'à cette époque à ses obligations relativement à la milice nationale. La peine est de 26 francs à 500 francs suivant le code pénal belge, article 264, al. 4. D'après l'article 4 de la loi du 8 mai 1847, le certificat constatant cette preuve n'est plus exigé des individus âgés de trente-six ans accomplis.

F. *Du mariage des militaires et de l'empêchement provenant de l'absence d'autorisation requise.*

306. Les sous-officiers et soldats en activité de service doivent, pour se marier, représenter à l'officier de l'état civil le consentement du commandant de leur corps (art. 8 et 22 du règlement de disciplime militaire du 15 mars 1815).

Les officiers de tout genre en activité de service ou jouissant d'un traitement de réforme ne peuvent contracter mariage sans en avoir préalablement obtenu l'autorisation du gouvernement, sous la condition qu'indépendamment de la solde des officiers, jusqu'au grade de capitaine inclusivement, les époux auront un revenu de 600 florins. (Arrêté du 16 février 1814; instruction ministérielle du 9 mai 1842, sur le moyen de justification.)

En **France**, cette matière est réglée par les décrets des 16 juin, 3 et 28 août et 21 décembre 1808, et les circulaires ministérielles des 3 avril et 12 août 1875; et pour la gendarmerie, par le décret du 1er mars 1854 (art. 537, 539).

III. DE QUELQUES CAS CONTROVERSÉS.

A. *De l'interdiction légale.*

307. Suivant quelques jurisconsultes, l'interdiction légale est un empêchement de mariage, parce que l'incapacité dont l'interdit est frappé s'étend aussi bien au mariage qu'aux autres droits civils; mais cet empêchement est simplement prohibitif, il n'est pas dirimant. (Zachariæ, § 464, 2°.) L'opinion contraire, d'après laquelle l'interdiction légale n'est pas du tout un empêchement, est mieux fondée. Car la loi ne défend pas le mariage à l'interdit; cette interdiction n'assimile pas le condamné au mort civilement;

elle est toute spéciale et particulièrement relative à l'administration du patrimoine : *il lui sera nommé un curateur pour gérer et administrer ses biens*, dit l'article 29 du code pénal. (Demolombe, t. III, 130.)

En **Belgique**, la question ne semble plus douteuse aujourd'hui en présence de l'article 22 du nouveau code pénal, qui enlève à l'individu légalement interdit la capacité *d'administrer ses biens* et d'en disposer, si ce n'est par testament. (Voy. aussi l'art. 23 du C. pén.)

B. *De l'impuissance.*

308. D'après l'ancien droit, l'impuissance, tant naturelle qu'accidentelle, était un empêchement dirimant. Aujourd'hui, il faut admettre que l'impuissance n'est plus un empêchement, ni une cause de nullité du mariage. Car, ni la loi, ni les discussions ne font mention de l'impuissance comme d'un empêchement ou comme d'une cause de nullité du mariage. Elles ne l'admettent pas même comme une cause de divorce. La difficulté et l'incertitude de la preuve, et les scandales qu'elle causait autrefois ont été les motifs pour lesquels le législateur moderne n'a pas reproduit l'ancien droit. (Toulouse, 10 mars 1858, D., 1859, 2, 40, et Nîmes, 29 nov. 1869, sous Cass. fr., 15 janv. 1872, D., 1872, 1, 52; Riom, 7 juin et 2 août 1876, D., 1877, 2, 32.)

Quelques jurisconsultes distinguent entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle, à laquelle ils assimilent le vice de conformation. Ils admettent la demande en nullité du mariage du chef de la seconde, parce qu'elle est manifeste et facile à prouver. La cause sur laquelle la nullité serait fondée, serait l'erreur (art. 146, 180). Mais ce serait simplement une erreur sur une qualité physique de la personne, erreur qui n'annule pas le mariage (n° 278). (Zachariæ, § 464, 6°; Demolombe, t. III, n° 12; Gênes, 7 mars 1811. — *Contrà*, Trèves, 27 janvier 1808.)

C. *De l'engagement dans les ordres sacrés et des vœux monastiques.*

309. C'est une question très-controversée, en **France**, depuis la publication du code, si les prêtres catholiques et les personnes qui se sont engagées par des vœux monastiques, par

exemple, les femmes qui sont entrées dans des congrégations hospitalières peuvent contracter un mariage civil. (Décret du 18 février 1809, art. 7 et 8) Les éléments de la controverse que l'on a fait valoir pour l'une ou l'autre opinion ne sont plus les mêmes, en **Belgique**, depuis que l'article 15 de la Constitution a proclamé que nul ne peut être contraint de concourir d'une manière quelconque aux actes et aux cérémonies d'un culte. Ne pas admettre les prêtres ou les personnes engagées par des vœux monastiques à se marier civilement, ce serait violer le principe de l'article 15 de la Constitution belge. (Jugement du trib. civil de Gand, du 3 avril 1850, B. J., t. 8, p. 457.) Dans cette cause, le père de la future épouse avait fait opposition au mariage fondée sur l'état ecclésiastique ou sacerdotal du futur conjoint. L'opposition fut rejetée par le tribunal.

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION ET DE LA PREUVE DU MARIAGE.

(Voy. aussi tit. II, chap. III)

SECTION PREMIÈRE.

DU MARIAGE CÉLÉBRÉ EN FRANCE ENTRE FRANÇAIS.

I. DES FORMALITÉS QUI DOIVENT PRÉCÉDER LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

310. La loi veut que la célébration du mariage soit entourée d'une grande publicité, afin de garantir la liberté du consentement des époux, d'en établir une preuve authentique, et de mettre ceux qui en ont le droit à même d'y faire opposition s'il y a des empêchements.

311. Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil doit faire *deux* publications nommées autrefois *bans* ou *proclamations*, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison communale; elles doivent énoncer les pré-

noms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères (art. 63). Ces publications doivent être faites sur la réquisition des futurs époux ou de l'un d'eux, qui doit fournir à l'officier de l'état civil tous les renseignements nécessaires pour le mettre à même de remplir les formalités prescrites par la loi. Mais l'époux qui requiert les publications n'est pas tenu de remettre, à cet effet, à l'officier de l'état civil toutes les pièces constatant l'exactitude de ces renseignements, ni les actes qui doivent être produits lors de la célébration.

Le gouvernement et les officiers préposés à cet effet peuvent dispenser, pour des causes graves, dont ils sont seuls juges, de la *seconde* publication (art. 169). Les officiers préposés à cet effet sont les procureurs du roi près le tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel les futurs époux se proposent de célébrer leur mariage. Ils accordent la dispense au nom du gouvernement. La dispense doit être déposée au secrétariat de la commune où le mariage sera célébré, et le secrétaire de la commune en délivre une expédition, qui doit demeurer annexée à l'acte de célébration. (Arr. du 20 prairial an XI, art. 3 et 4 (9 juin 1803); en Belgique, arrêté du 5 janvier 1864, voy. *suprà,* n° 272.) On ne peut pas être dispensé de la première publication.

Un extrait de l'acte de publication doit rester affiché à la porte de la maison communale pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication (art. 64). En cas de dispense de la seconde publication, cette disposition ne doit pas être observée. (V. *infrà,* n° 314.)

312. Dans quelles communes les publications doivent-elles être faites?

1° Dans la commune où chacune des parties contractantes a son domicile réel, donc au domicile du futur époux et à celui de la future épouse (art. 166) ;

2° Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, sous la *puissance* d'autrui, les publications doivent être faites dans la commune du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent (art. 168). Donc, le fils âgé

de moins de vingt-cinq ans, la fille âgée de moins de vingt et un ans doivent faire faire les publications au lieu du domicile de leurs ascendants, parce qu'ils ne peuvent pas se marier sans le consentement de leurs ascendants. Le fils ou la fille, âgés de moins de vingt et un ans, qui n'ont plus d'ascendants, doivent faire faire les publications au lieu de l'ouverture de la tutelle, puisque c'est dans cette commune que le conseil de famille doit se réunir (art. 407), et au lieu du domicile de leur tuteur, puisque c'est là que le mineur a son propre domicile (art. 108, 166).

Mais le fils âgé de plus de vingt-cinq ans et la fille âgée de plus de vingt et un ans ne sont plus tenus de faire faire les publications au lieu du domicile de leurs ascendants, parce que, la validité de leur mariage ne dépendant plus du consentement des ascendants, ils ne se trouvent plus sous leur *puissance*. C'était aussi l'ancien droit. (Pothier, *Contrat de mariage*, nos 72, 337-339; Demolombe, III, 190.)

3° Si les futurs époux n'ont acquis le droit de faire célébrer leur mariage dans une commune déterminée que par six mois d'habitation continue, en vertu de l'article 74 du code civil, les publications doivent encore être faites dans le lieu de leur *domicile réel actuel* (art. 167).

4° Il y a controverse sur la question de savoir si les publications doivent encore être faites dans la commune du dernier domicile des futurs époux, lorsqu'ils ont acquis un nouveau domicile *réel*, et que ce domicile n'est pas encore établi depuis six mois. La solution de cette question dépend de celle de savoir si le mariage peut être célébré dans ce domicile. (V. *infrà*, n° 316.)

313. Les publications sont constatées par un acte qui doit en être dressé, et qui doit énoncer les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères, ainsi que les jours, lieux et heures où les publications ont été faites. Ces actes doivent être inscrits sur un registre coté et parafé comme les registres de l'état civil, et déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement. Ce registre n'est pas tenu double (art. 63).

314. Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde publication (art. 64).

Il ne faut pas trois jours francs. Le jour de la publication étant un dimanche, on peut se marier mercredi. Mais si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du délai des publications, c'est-à-dire à compter du jour auquel le mariage aurait pu être contracté, il ne peut plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la forme prescrite par la loi (art. 65). Ainsi, si la dernière publication a été faite le dimanche, 1er mai 1859, le mariage a pu être contracté mercredi, 4 mai suivant. Si le mariage n'a pas été célébré avant le 4 mai 1860, il faut de nouvelles publications. Le motif de cette disposition, c'est qu'il peut être survenu de nouvelles causes d'opposition depuis la dernière publication, et que ceux qui avaient le droit de les faire valoir l'ont négligé, croyant le mariage abandonné. (Locré, III, 82.)

En cas de dispense de la seconde publication, le mariage peut être célébré le troisième jour depuis celui de la première publication. (Aix, 18 août 1870, D., 1871, 2, 249) Ce délai de trois jours ne peut pas être réduit. (Décision minist. française du 7 février 1851.)

315. Le mariage n'est pas nul pour défaut de publications. La sanction des règles qui les prescrivent est une pénalité. La célébration du mariage sans les deux publications prescrites, ou sans la dispense de l'une d'elles, ou sans l'observation des intervalles entre l'une et l'autre, entraîne, pour l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage, une amende qui ne peut excéder trois cents francs; et pour les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune (art. 192). Il était inutile de comminer la nullité. Car, si par suite de l'omission des publications une des conditions essentielles pour la validité du mariage, par exemple le consentement des parents, n'avait pas été observée, le mariage serait nul pour ce motif.

II. DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

316. Le mariage doit être célébré devant l'officier de l'état civil de la commune où l'une des deux parties a son domicile réel, et dans cette commune (art. 165, 74). Toutefois, il n'est pas néces-

saire que le domicile ait été fixé conformément aux dispositions des articles 103 et suiv. du code civil. Ce domicile, quant au mariage, s'établit par six mois d'habitation continue dans la même commune (art. 74). Ces deux thèses sont incontestées.

Mais il y a controverse sur la question de savoir si les futurs époux peuvent se marier sans délai dans la commune où ils ont établi leur domicile réel, conformément aux articles 103 et suiv. du code civil, ou bien, s'ils ne peuvent s'y marier qu'après six mois d'habitation Suivant quelques jurisconsultes, le mariage ne peut être célébré que devant l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'un des futurs époux a résidé pendant six mois continus; ainsi, lorsque quelqu'un aurait transféré son domicile réel dans une autre commune (art. 103), il ne pourrait s'y marier qu'après six mois de résidence continue. L'article 74 serait donc une restriction de l'article 165. (Duranton, t. II, 220-224; Marcadé, art. 74, n° 1 ; Laurent t. II, n°s 412-416.)

Suivant d'autres, l'article 74 est une *extension* de l'article 165. On peut toujours se marier dans la commune où l'on a son domicile réel, et l'article 74 n'enlève ni ne diminue cette faculté; mais il en accorde une nouvelle, celle de se marier au lieu de sa *simple résidence*, pourvu qu'elle ait duré six mois. (Demolombe, t. II, 200-203; Valette sur Proudhon, t. I, p. 384.)

La deuxième opinion doit être admise; elle est fondée sur le texte du code. Les articles 165 et 74, alinéa 1, sont formels. Le législateur a voulu admettre, conformément à l'ancien droit, que, pour pouvoir se marier dans une commune, il ne faut pas nécessairement y transférer son domicile, mais qu'il suffit d'y avoir une résidence continue de six mois. Ce point est confirmé par les discussions et par la rédaction non restrictive de l'alinéa 2 de l'article 74. On oppose l'article 167. Mais il est évident que dans l'article 167 les mots : *domicile actuel* ne peuvent avoir d'autre sens que *domicile actuel pour le mariage,* et les mots : *dernier domicile,* le sens de *domicile réel* ou *domicile précédent où les époux auraient pu se marier*. On ne peut pas entendre par les mots *domicile actuel* le domicile général, pour deux raisons : 1° parce que le domicile général ne peut pas s'établir seulement par six mois de simple *résidence* ou d'*habitation* (art. 103 , ni même par une habitation plus longue; 2° parce que pour établir son domi-

cile réel il faut bien le fait d'une *habitation réelle* jointe à l'intention de s'y fixer (art. 103), mais il ne faut pas une *résidence continue* de six mois, comme pour établir le *domicile matrimonial* (art. 74). L'habitation réelle jointe à l'intention de fixer son domicile suffit pour l'établir dans un autre endroit; il ne faut donc pas que cette habitation ait continué quelque temps. (Valette, *Cours*, p. 192-194.) Si l'on a été absent de son domicile pendant plus de six mois, on peut néanmoins s'y marier.

L'opinion contraire invoque l'ancien droit, auquel renvoient les orateurs du gouvernement Portalis et Thibaudeau, ainsi que le tribun Duchesne (Locré, IV, 499; III, 144 et 172), et d'après lequel, à ce qu'elle prétend, il fallait que l'un des époux eût eu une demeure d'au moins six mois dans une paroisse pour que le curé de cette paroisse fût compétent pour célébrer le mariage. Mais cette règle de l'ancien droit n'était pas absolue. Car on pouvait se marier dans une paroisse, après y avoir établi sa demeure et avant l'expiration des six mois, pourvu qu'on eût fait publier les bans aussi dans la paroisse que l'on avait quittée. (Pothier, *Contr. de mariage*, n° 356.) En outre, le mariage pouvait être célébré par tout prêtre qui en avait la permission de l'évêque ou du curé des parties. (Pothier, *ibid.*, n° 359.) C'étaient deux exceptions qui tempéraient la rigueur de la règle suivant laquelle on ne pouvait se marier dans une paroisse qu'après six mois d'habitation.

Ces tempéraments n'existant plus aujourd'hui, le mariage pourrait, dans certains cas, être nécessairement suspendu pendant six mois dans le système de la première opinion.

Les publications doivent être faites comme il a été dit au n° 312. Il suit de ce qui précède et du texte de l'article 167, que les publications ne doivent plus être faites dans la commune du dernier domicile des futurs époux ou de l'un d'eux, lorsqu'ils ont acquis un nouveau domicile *réel* et que ce domicile n'a pas encore été établi depuis six mois.

Toutefois, afin d'éviter toute difficulté, c'est un conseil de prudence à donner aux personnes qui se trouvent dans ce cas, de faire publier les bans aussi dans la commune où elles avaient leur dernier domicile.

317. Le mariage doit être célébré publiquement (art. 165).

(Lyon, 10 avril 1856, D., 1856, 2, 54; Agen, 28 janv. 1857, D., 1857, 2, 100.) La publicité consiste dans la présence des quatre témoins (art. 75) et en ce que le public doit y avoir accès. Le mariage doit être célébré *dans la maison commune,* dit l'article 75, c'est-à-dire, les parties ne peuvent pas *exiger* que l'officier de l'état civil se transporte hors de la maison communale pour célébrer le mariage. Mais le mariage peut être valablement célébré ailleurs, par exemple, dans une maison privée, pourvu qu'il y ait *publicité.* (Cf. Brux., 18 fév. 1809; Paris, 13 août 1851, D., 1852, 2, 113; Aix, 18 août 1870. D., 1871, 2, 249; *Contrà :* Gand, 14 avril 1877. ch. corr., B. J., t. 36, 79. D'après cet arrêt, c'est un défaut de publicité.)

La présence des parties en personne est nécessaire. Cela résulte de la nature des formalités prescrites, notamment de la nécessité de la lecture du chapitre VI du titre du *Mariage, sur les droits et les devoirs respectifs des époux.* De plus, le mariage est un acte solennel; le législateur veut avoir une garantie que le libre consentement des époux, qui est le fondement du mariage, a duré jusqu'à la célébration. (Locré, III, 87, 89-90; Bastia, 2 avril 1849, D., 1849, 2, 80.) L'officier de l'état civil reçoit de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; il prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dresse acte (n° 319).

Nous ne pouvons donc plus admettre le mariage par procuration, permis par l'ancien droit canon, conformément à une décrétale du pape Boniface VIII, de la fin du XIIIe siècle. (Voy. cap. 9 in 6to, *De procuratoribus,* I, 19, et Pothier, *Contr. de mariage,* n° 367.)

318. L'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties pourrait-il valablement célébrer le mariage dans une autre commune que celle où il exerce ses fonctions? Il y a deux opinions :

1° Il n'est pas absolument nécessaire que le mariage soit célébré dans la commune où l'officier de l'état civil exerce. L'article 74 ne pose pas un principe de droit, mais seulement une règle de procédure qui n'est même garantie par aucune sanction et dont l'inobservation n'entraîne pas la nullité du mariage. Les principes généraux ne peuvent pas être invoqués. La compétence de l'officier de l'état civil est purement *personnelle* et non pas *territoriale.*

Aucune disposition de la loi n'applique aux officiers de l'état civil la règle applicable, par exemple, aux notaires, aux huissiers, à des fonctionnaires de l'ordre administratif, d'après laquelle ils ne peuvent pas exercer leurs fonctions hors des limites de leur territoire. Cette opinion est conforme à la raison et à l'intérêt de la société. La loi serait imprévoyante et inhumaine si, dans certains cas d'urgence, elle ne permettait pas à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage hors de sa commune. L'article 193 en fait une question de fait. Le magistrat jugera si les irrégularités sont assez graves pour annuler le mariage.

2° Il faut rejeter cette opinion et adopter la nullité absolue dans ce cas. Car le texte de l'article 74 est formel : « Le mariage sera célébré *dans la commune* où l'un des deux époux aura son domicile. » De plus, c'est une règle fondamentale de droit public, qu'aucun fonctionnaire public ne peut fonctionner dans un ressort territorial autre que celui pour lequel il a été nommé (art. 1317). Le fonctionnaire sorti de son territoire n'est plus qu'un simple particulier, dépouillé de tout caractère public. La partie de l'autorité publique dont il est revêtu ne le suit pas. Cette règle s'applique à l'officier de l'état civil comme au bourgmestre d'une commune. On dit que si l'officier de l'état civil exerce une juridiction quelconque, elle est *non contentieuse,* elle est volontaire; or, il est de règle ancienne que cette juridiction n'est pas circonscrite dans de certaines limites territoriales. Mais aucune disposition du droit moderne n'a reproduit cette distinction entre juridiction volontaire et juridiction contentieuse, et surtout les conséquences que l'on en tire.

On invoque la raison et l'humanité. Mais si des situations particulières peuvent faire déplorer la rigueur de la loi, elles sont des exceptions, et les abus faciles de la clandestinité font comprendre la nécessité de cette rigueur.

On argumente de l'article 193. Mais on perd de vue que cet article ne renvoie qu'à l'article 165, et non pas à l'article 74. Les articles 165 et 193 supposent que le mariage a été contracté devant un officier de l'état civil non compétent, c'est-à-dire qui n'était pas celui du domicile de l'une des parties. Ce mariage peut n'être pas annulé, parce qu'il a toujours été contracté devant un officier public ayant cette qualité et le droit de fonctionner là où

il a fonctionné. Ici il s'agit de l'hypothèse d'un mariage contracté devant un individu qui, là où il fonctionnait, n'avait aucun caractère public. L'article 193 n'est donc pas applicable à cette hypothèse. (Demolombe, t. III, 207.)

III. DE LA RÉDACTION DE L'ACTE DE MARIAGE.

319. Immédiatement après la célébration du mariage, l'officier de l'état civil doit en dresser acte sur le registre de l'état civil (art. 75). Cet acte doit contenir les énonciations énumérées dans l'article 76, et l'officier de l'état civil doit se faire remettre les pièces à l'appui. L'acte doit énoncer :

1° Les prénoms, noms, âges, professions, lieux de naissance et domiciles des époux, et s'ils sont majeurs ou mineurs. A cet effet, les actes de naissance des époux doivent être remis. Les actes de naissance peuvent être remplacés par des actes de notoriété lorsque les époux, ou l'un d'eux, sont dans l'impossibilité de se procurer l'acte de naissance. La loi ne distingue pas d'où provient cette impossibilité; par exemple, si elle a pour cause la destruction des registres ou tout autre événement. L'acte de notoriété doit être délivré par le juge de paix du lieu de naissance de celui qui veut le produire, ou par le juge de paix de son domicile. Cet acte doit contenir la déclaration faite par sept témoins, de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des prénoms, nom, profession et domicile du futur époux et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus; le lieu, et autant que possible l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins doivent signer l'acte de notoriété avec le juge de paix; et s'il en est qui ne puissent ou ne sachent pas signer, mention doit en être faite. Cet acte doit être présenté à l'homologation du tribunal de première instance, lequel, sur les conclusions du ministère public, donne ou refuse son homologation, selon qu'il trouve suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance (art. 70-72).

En **Belgique**, d'après un arrêté du 30 octobre 1814, les indigents peuvent suppléer à l'acte de notoriété au moyen de la

production d'un extrait des registres des paroisses, énonçant tout ce que l'acte de notoriété devrait établir.

L'acte de notoriété n'a de l'effet que pour le mariage; il ne peut pas établir la filiation.

2° Les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères des époux.

3° L'acte authentique du consentement des ascendants ou de la famille, ou les actes respectueux s'il en a été fait, dans le cas où ceux dont le consentement est nécessaire n'assistent pas au mariage; ou bien la preuve du décès des ascendants, de leur absence ou de l'impossibilité de manifester leur volonté (nos 281-290, 296-301).

4° Les publications dans les divers domiciles où elles doivent être faites; elles sont constatées par des certificats délivrés par les officiers de l'état civil de ces communes (art. 69).

5° La mainlevée des oppositions ou la mention qu'il n'y a pas eu d'opposition, constatée comme il est dit au n° 4 (art. 67-69).

6° S'il y a eu un précédent mariage, la preuve de sa dissolution.

7° Une expédition authentique des dispenses, s'il y en a eu (nos 272, 293, 294, 311).

8° Le certificat que l'on a satisfait à la milice (n° 305).

9° Pour les militaires, l'autorisation mentionnée au n° 306.

10° La loi belge du 16 décembre 1851, article 2 additionnel, prescrit que l'acte de mariage énoncera la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les a reçues; faute de quoi les clauses dérogatoires au droit commun ne pourront être opposées aux tiers qui ont contracté avec ces époux dans l'ignorance des conventions matrimoniales.

En **France**, la même disposition avait déjà été introduite par la loi du 10 juillet 1850. D'après cette loi, l'officier de l'état civil est obligé d'interpeller les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas d'affirmative, la date du contrat et l'indication du notaire qui l'a reçu; le tout à peine, contre l'officier de l'état civil, de l'amende fixée par l'article 50 du code civil. Dans le cas où cette déclaration serait omise ou erronée, la rectification de l'acte, en ce qui touche l'omission ou l'erreur,

peut être demandée par le ministère public, sans préjudice du droit des parties intéressées, conformément à l'article 99.

11° La déclaration des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier de l'état civil.

12° Les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré.

Dans le cas où les noms des futurs époux ou de leurs ascendants ne seraient pas exactement orthographiés dans les actes à produire, ou lorsqu'il y aurait omission, il n'est pas nécessaire de procéder par rectification des actes de l'état civil.

En **Belgique**, d'après les arrêtés des 6 septembre et 30 octobre 1814 et du 26 mai 1824, les indigents sont exempts des frais d'expédition, de timbre et d'enregistrement de tous les actes dont la production est nécessaire pour le mariage.

En **France**, il en est de même d'après la loi du 10 décembre 1850.

SECTION II.

DES MARIAGES CÉLÉBRÉS EN FRANCE ENTRE ÉTRANGERS ET FRANÇAIS OU ENTRE ÉTRANGERS SEULEMENT.

I. DES MARIAGES ENTRE ÉTRANGERS ET FRANÇAIS.

320. Les règles relatives aux formalités extrinsèques et à la manière de constater la célébration de ces mariages sont les mêmes que celles pour les mariages des Français. *Locus regit actum*. La capacité *personnelle* de l'étranger de se marier se règle d'après les lois de son pays (nos 63-65).

Le Français qui veut se marier avec une étrangère ne peut pas invoquer les lois étrangères relatives à la capacité de cette dernière, afin de se soustraire à l'empire des lois françaises qui déterminent sa propre capacité; par exemple : le Français ne pourrait pas épouser sa nièce étrangère, quand même la loi étrangère permettrait ce mariage.

II. DES MARIAGES ENTRE ÉTRANGERS.

321. Quant à la forme extérieure, il faut suivre la règle *Locus regit actum*, sauf la compétence des agents diplomatiques étrangers, conformément aux lois de leur pays (n° 164).

Quant aux conditions de capacité, l'étranger reste soumis aux lois de son pays (n° 320). (Brux., 2 juin 1862, P. 1862, 210.) Toutefois, les étrangers qui se marient en France ne peuvent pas invoquer les lois de leur pays pour se soustraire aux dispositions *prohibitives* des lois françaises, qui sont d'ordre public.

SECTION III.

DES MARIAGES CONTRACTÉS PAR DES FRANÇAIS EN PAYS ÉTRANGER

I DES MARIAGES CONTRACTÉS PAR DES MILITAIRES SE TROUVANT SOUS LES DRAPEAUX EN PAYS ÉTRANGER.

322. En ce qui concerne les conditions matérielles ou intrinsèques du mariage, les militaires sont soumis à toutes les dispositions des lois françaises.

Sur la forme de la célébration, voy. n° 185.

Si le mariage a lieu entre un militaire et une femme étrangère, il peut être célébré dans la forme usitée dans le pays étranger.

II. DES MARIAGES CONTRACTÉS PAR DES FRANÇAIS QUI NE SONT PAS MILITAIRES.

323. Les conditions intrinsèques des mariages contractés par des Français en pays étranger sont régies par la loi française, peu importe que le mariage ait lieu entre Français seulement ou entre Français et étrangers (n° 61) (art. 170). La contravention à ces conditions a le même effet si le mariage a été contracté en pays étranger que s'il avait été contracté en France.

324. Quant à la forme extérieure, il faut distinguer : 1° les Français entre eux peuvent se marier, soit dans les formes usitées dans le pays étranger (art. 170), soit devant l'agent diplomatique ou le consul français (art. 48) ; 2° le mariage entre un Français et une étrangère ne peut être célébré que dans les formes usitées dans le pays étranger (n° 164).

Pour se marier en pays étranger il n'est pas nécessaire que le Français y ait eu six mois de résidence. La rédaction primitive de l'article 170 exigeait cette condition; mais elle a été retranchée. Dans les deux cas, le mariage doit être précédé des publications prescrites par les articles 63, 166-168, si le Francais qui veut se marier a encore un domicile en France ou s'il a encore des ascendants qui y sont domiciliés (nos 310-315) (art. 170).

325. Quel est l'effet de l'omission des publications prescrites par l'art. 170 sur la validité d'un mariage contracté par des Français en pays étranger? Il y a trois systèmes :

1° Le mariage est toujours nul si les publications n'ont pas été faites. Pour cette opinion on dit : Le texte de la loi, et notamment les mots : *le mariage sera valable pourvu qu'il ait été précédé des publications*, prouvent que la validité du mariage est subordonnée à la condition des publications, lesquelles sont alors le seul moyen de publicité. De plus, la sanction pénale des art. 157 et 192 pour l'officier de l'état civil et qui ont pour but, l'un, de garantir la réalité des publications, l'autre, l'exécution de l'obligation, de la part de l'enfant, de faire à ses ascendants des actes respectueux, cette sanction n'existe plus, parce qu'elle ne peut pas atteindre l'officier de l'état civil étranger. L'article 63 sera donc sans sanction. Enfin, le silence que le chapitre IV de ce titre, qui traite *Des demandes en nullité de mariage*, garde sur la nullité pour défaut de ces publications, ne décide pas que la nullité n'a pas lieu, parce que l'article 170 est spécial aux mariages contractés en pays étranger, tandis que le chapitre IV s'occupe en général des mariages contractés en France. (Marcadé, art. 170, II.)

2° Le défaut de publications n'entraîne, dans aucun cas, la nullité de ce mariage.

On justifie ainsi cette opinion : La loi ne prononce pas la nullité; on ne peut pas l'induire par argument *a contrario*, d'autant moins que l'article 170 lui-même contient une exception à un principe généralement admis, au principe *Locus regit actum*, en exigeant que le mariage célébré à l'étranger soit précédé des publications en France, quand même ces publications ne seraient pas requises d'après les lois du pays étranger. Quant à la rédaction impérative de l'article 170, qui semble faire des publications une condition de validité du mariage, elle n'est pas décisive. Car

les articles 63, 64 et 228 du code civil disent bien que le mariage *ne pourra être célébré* avant l'expiration des délais y mentionnés; néanmoins, s'il a été célébré, il n'est pas nul. Le mariage qui n'aurait pas été précédé des publications prescrites par la loi ne serait pas nul s'il eût été célébré en France; la loi n'est pas plus sévère pour le mariage célébré en pays étranger. (Toullier, t. I, 578; Zachariæ, § 468, 2°.)

3° Ces deux opinions exclusives sont également erronées. Le seul défaut des publications en France peut ne pas entraîner la nullité du mariage. Mais lorsque les publications ont été omises dans le but d'éluder les prescriptions de la loi française, le mariage doit être annulé. Il faut laisser aux magistrats une certaine latitude d'appréciation des faits qui ont accompagné ou suivi la célébration du mariage. Cette opinion est juste, le mariage n'est pas toujours nul. Car pour appliquer la loi à un mariage contracté en pays étranger qui n'a pas été précédé des publications requises, il faut avant tout recourir au principe que le législateur établit à l'égard des mêmes mariages contractés en France. Or, l'article 192 est le siége de la matière, il ne prononce pas la nullité du mariage qui n'a pas été précédé des publications requises. Il y a des circonstances dans lesquelles l'absence de cette formalité est tout à fait insignifiante, par exemple, si le mariage a été contracté entre majeurs n'ayant plus d'ascendants dont le consentement ou le conseil soit nécessaire. D'ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que ce n'est jamais qu'aux empêchements de second ordre; c'est-à-dire d'une nature seulement prohibitive, que l'on peut se soustraire en se mariant à l'étranger, par exemple, aux prohibitions des articles 228, 348, 295 et 296 du code civil; les empêchements dirimants subsistent, dans ce cas, et donnent lieu à l'action en nullité, par exemple, le défaut de consentement des ascendants (art. 182). Or, pour adopter le système de la nullité absolue, il faudrait admettre qu'un empêchement seulement prohibitif par sa nature devient dirimant, si le mariage a été célébré à l'étranger sans publications. Cela est inadmissible.

Mais, de l'autre côté, il y a des cas dans lesquels le mariage célébré en contravention à l'article 170 peut être annulé. En principe, les lois réglant les conditions de validité du mariage suivent le Français même en pays étranger. Il y a une exception

à ce principe, en ce qui concerne la *forme* de la célébration; elle est régie par la loi du lieu de la célébration, parce que le législateur ne pouvait pas faire une loi pour les pays étrangers, en y prescrivant la forme du mariage pour les Français. Mais le législateur n'admet pas la règle *Locus regit actum* d'une manière absolue en matière de mariage. Il est en défiance contre les mariages contractés en pays étranger. La déclaration du 16 juin 1685 défendait même aux Français de se marier en pays étranger sans la permission du roi, sous peine de nullité du mariage, des galères à perpétuité et de la confiscation des biens. L'expérience a démontré que souvent des mariages secrets ou clandestins ont été contractés de cette manière. Le législateur veut, autant que possible, prévenir le retour de ces abus. Mais comme il ne peut pas prescrire que le mariage des Français sera célébré *publiquement* en pays étranger, la législation étrangère pouvant permettre la célébration secrète, le législateur français a limité la règle *Locus regit actum*, en introduisant dans sa propre législation toutes les garanties de publicité possibles même pour les mariages contractés par les Français en pays étranger. Pour ces mariages les *publications* se lient d'une manière intime à la publicité; la publicité ne peut résulter que des publications ordonnées par les art. 63 et 170 du code, et l'absence de ces publications entraîne alors le défaut de publicité, et peut, par conséquent, entraîner la nullité du mariage, conformément à la règle de l'article 193 du code. A l'appui de cette solution, on peut invoquer l'ancien droit. L'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579 portait, pour les mariages en France : « Nos sujets ne *pourront* valablement contracter mariage sans proclamations précédentes des bans, etc. » Néanmoins, le mariage célébré sans publications précédentes ne pouvait être attaqué en nullité, si la publicité ne pouvait pas en être contestée. (Pothier, *Contrats de mariage*, n° 69.)

Le troisième système est celui de la plupart des jurisconsultes et de la jurisprudence. (Voy. entre autres Merlin, *Rép.*, v° *Bans de mariage*, § II; Valette sur Proudhon, t. I, p. 412; Demolombe, t. III, 225; Bruxelles, 28 janvier 1852, B. J., t. 10, 244; P., 1852, 111; et 2 août 1853, B. J., t. 12, 178; P., 1854, 9; J. P. B., 1853, p. 337 et la note; Brux., 10 août 1861, B. J, t. 19, 1429; P., 1863, 2, 215, et 2 juin 1862, P., 1862, 210;

19 juillet 1871, P., 1871, 433; 13 janvier 1873, P., 1873, 345; Paris, 24 avril 1874 et Cass. Fr., 8 mars 1875, D, 1875, 2, 9 et 1, 482; Bordeaux, 2 juin 1875, D., 1876, 2, 143; Paris, 21 janvier 1854, J. P., 1854, t. 1, p. 477; Cass. Fr., 21 février 1866, D., 1866, 1, 270.)

326. L'article 171 ordonne que dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de l'empire, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger soit transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. Le délai de trois mois n'est pas fatal. La transcription peut toujours avoir lieu, même après la mort de l'un des époux ou de tous les deux. Mais, après le délai de trois mois, l'officier de l'état civil ne peut plus transcrire l'acte sans y être autorisé par un jugement.

327. La loi n'attache aucun effet particulier à l'inobservation de la disposition de l'article 171. C'est une mesure réglementaire dont l'omission n'a aucune influence sur la validité ou sur les effets du mariage. Elle a été prescrite uniquement dans l'intérêt des époux, afin qu'ils puissent avoir un moyen facile et permanent de se procurer la preuve de leur état. C'est pour eux un *droit*, une faculté qu'ils n'auraient pas si cette disposition n'existait pas. Les registres étrangers peuvent être mal tenus ou mal conservés; c'est pourquoi la loi prescrit la transcription de l'acte de mariage sur les registres de l'état civil en France.

Les auteurs ont émis différentes opinions sur les effets de l'omission de la transcription prescrite par l'article 171. Ainsi, suivant les uns, le mariage ne sera pas réputé connu des tiers et il ne pourra pas leur être opposé; par exemple, la femme qui s'est obligée ne peut pas exciper du défaut d'autorisation maritale; les enfants issus de ce mariage n'étant pas considérés comme légitimes ne succèdent pas, au préjudice des autres parents des époux. D'autres jurisconsultes, partant du même principe, ne refusent que certains effets au mariage. Aucune de ces opinions n'est fondée sur la loi, laquelle a laissé l'article 171 sans sanction, comme le prouvent les travaux préparatoires du code. Mourlon, *Répétitions sur le code civil*, I, p. 306-313.

———

SECTION IV.

DE LA PREUVE DU MARIAGE. (ART. 194-200.)

I. RÈGLE GÉNÉRALE.

328. D'après le droit romain et le droit canon, le mariage pouvait en général se prouver par tous les moyens ordinaires de preuve admis en matière civile. Fr. 4 et 5; D. *De probationibus*, 22, 4. On admettait même la présomption de l'existence du mariage en vertu de la possession d'état d'époux. Il y avait possession d'état d'époux lorsque deux personnes avaient pendant longtemps vécu publiquement comme mari et femme, qu'ils s'étaient réciproquement traités comme époux, qu'ils avaient été reçus comme tels dans leurs familles respectives et qu'ils étaient réputés tels dans la société. (*Nomen, tractatus, fama;* arg., art. 321.) L'ordonnance de Blois de 1579 a aboli la présomption du mariage fondée sur la simple possession d'état.

Sous le code, le mariage, en règle générale, ne peut être prouvé que par l'acte de célébration (art. 194, 195.) La possession d'état ne peut être invoquée comme preuve ni par les époux l'un contre l'autre, ni par l'un des époux contre les héritiers de son conjoint prédécédé, ni par ces derniers contre l'époux survivant, par exemple pour prouver leur qualité d'héritiers légitimes et à réserve, ni par les enfants des époux contre des tiers qui auraient intérêt à contester leur légitimité. L'article 195, en disant que « la possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'*invoqueront respectivement* de représenter l'acte de célébration », n'est pas restrictif. Il contient une application, non pas une restriction de l'article 194 qui est général. Le législateur a spécialement fait mention du cas où les époux invoqueraient respectivement la possession d'état, afin de prévenir toute incertitude résultant du droit antérieur à 1579. L'article 194 dit clairement qu'à l'égard *des tiers* la possession d'état ne fait pas présumer le mariage; mais il laisse un doute si l'un des époux ne pourrait pas au moins l'invoquer contre l'autre. L'article 195 tranche ce doute. L'article 197 prouve, d'ailleurs, que l'application de l'article 195 n'est pas restreinte aux époux seuls. Le motif de la dis-

position de ces deux articles, c'est que « la possession seule ne « désigne pas plus un mariage légitime qu'un concubinage; que « dans les grandes villes surtout il n'est pas rare de voir des « individus qui, sans être mariés, se font, par rapport au mariage, « une sorte de possession d'état; qu'enfin, comme jamais un « individu ne peut ignorer où il est marié, il est juste d'exiger « des époux l'acte de mariage ». (Locré, IV, 516, 420.)

On ne peut pas déférer le serment sur le fait de l'existence du mariage. L'article 194 contient une exception à l'article 1358. C'est parce que ce serment litisdécisoire renferme une transaction, et qu'on ne peut pas transiger sur les questions d'état. Si les époux ne peuvent pas invoquer l'un contre l'autre la possession d'état pour *prouver leur mariage*, ils ne peuvent pas, de l'autre côté, s'opposer *respectivement*, c'est-à-dire l'un contre l'autre, la *nullité de l'acte de célébration* lorsque cet acte est représenté et qu'il y a possession d'état (art. 196). Car l'acte de célébration est leur œuvre commune; ils ne peuvent pas impugner leur propre fait l'un contre l'autre. Cet article ne crée pas une fin de non-recevoir contre d'autres personnes. Ainsi, par exemple, les héritiers de l'époux prédécédé peuvent demander la nullité du mariage contre l'époux survivant, alors même que ce dernier a continué d'être en possession d'état.

Dans cet article, il ne s'agit pas de la nullité du *mariage même* fondée sur un empêchement dirimant, mais seulement de la *nullité de l'acte*, c'est-à-dire de la nullité fondée sur un vice de forme ou sur l'omission d'une des formalités qui doivent précéder ou accompagner la célébration du mariage; par exemple le défaut de publicité, l'absence ou l'incapacité d'un des témoins.

II. EXCEPTIONS A LA RÈGLE GÉNÉRALE.

329. Exceptionnellement, la preuve du mariage peut être établie autrement que par l'acte de célébration dans trois cas : 1° dans les cas prévus par l'article 46; 2° en faveur des enfants dans les cas de l'article 197; 3° si la preuve du mariage a disparu par suite d'un crime ou d'un délit, cas prévus par les articles 198-200.

A. *Des cas prévus par l'article 46.*

330. V. *suprà*, n° 156-161. Mais même dans ces cas, la possession d'état ne suffit pas pour faire présumer le mariage. Il faut en prouver la célébration de la manière déterminée par l'art. 46.

B. *Des cas prévus par l'article 197.*

331. S'il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de naissance (art. 197). Cette disposition est conforme à l'ancienne jurisprudence. Elle est fondée sur ce que les enfants ne peuvent pas connaître ce qui s'est passé avant leur naissance; qu'ils peuvent ignorer le lieu de célébration du mariage de leurs père et mère. La disposition exceptionnelle de l'article 197 a lieu seulement *en faveur des enfants et des descendants* dont la légitimité est contestée; mais elle peut être invoquée contre qui que ce soit qui attaque la légitimité des enfants. Elle n'a pas lieu en faveur d'autres personnes qui ont intérêt à prouver l'existence du mariage.

L'article 197 exige la réunion de quatre conditions pour être applicable :

1° La possession d'état de la part des époux pendant toute leur vie; il faut qu'ils aient vécu publiquement comme mari et femme. Cette preuve peut se faire par titres et par témoins. Le projet de l'article 197 exigeait que la possession d'état fût « constatée par des actes authentiques ou par des actes privés émanés de ceux qui contestent l'état des enfants ». Portalis combattit cette disposition en opposant surtout l'ancienne jurisprudence.

2° Le décès des père et mère; car, tant qu'ils vivent, les enfants peuvent connaître le lieu de la célébration du mariage.

332. Faut-il appliquer l'article 197 au cas où les époux sont absents ou en état d'aliénation mentale; ou bien dans le cas où l'un des époux est décédé, et l'autre absent ou en état de démence? Pour la négative, on dit que la règle de l'article 197 est

une exception et qu'il ne faut pas étendre les exceptions; qu'il pourrait résulter de cette extension le grave inconvénient qu'un enfant, déclaré légitime, cesserait de l'être si son parent revenait ou recouvrait la raison; puisque, alors, l'application de l'article 197 cesserait; qu'il pourrait donc en résulter qu'il y aurait un enfant déclaré légitime en présence d'un père ou d'une mère qui lui-même ne pourrait pas prouver son mariage. (Paris, 21 juin 1853, J. P., 1853, II, p. 522.)

Le premier argument est trop général. Le législateur ne peut pas prévoir tous les cas. Lorsqu'une espèce présente beaucoup plus de similitude avec l'hypothèse à laquelle s'applique l'exception qu'avec celle de la règle et qu'il y a identité de raison d'appliquer la disposition exceptionnelle, il faut l'appliquer. Le second argument est sans portée, car il s'applique avec la même force au cas où l'enfant, dans l'impossibilité de produire l'acte de célébration du mariage de ses père et mère aurait été déclaré illégitime. La présomption doit militer plutôt pour la légitimité si l'enfant a été en possession d'état.

333. 3° Il faut que l'enfant lui-même ait toujours eu la possession d'état d'enfant légitime (art. 321). Enfin :

4° Il faut que cet état ne soit point contredit par son acte de naissance. Ainsi, l'enfant peut invoquer l'article 197 quand même il n'*aurait pas d'acte de naissance*, sauf à faire alors autrement la preuve de sa filiation; ou bien quand son acte de naissance n'énoncerait pas qu'il est *légitime*. Il suffit que cet acte n'énonce pas la qualité d'*enfant naturel*.

Mais, d'autre part, il ne suffit pas, pour prouver sa légitimité, que l'enfant produise son acte de naissance dans lequel il est qualifié d'*enfant légitime*. Il faut, de plus, la preuve de *sa* possession d'état d'enfant *légitime* et la preuve que ses père et mère ont publiquement vécu comme mari et femme.

C. *Du cas où la preuve du mariage résulte d'une procédure criminelle* (art. 198-200).

334. La preuve de la célébration du mariage peut être acquise par le résultat d'une procédure criminelle, toutes les fois que la *disparition* ou la *non-existence* de l'acte de célébration du mariage

a été causée par un fait qui est puni par la loi comme crime ou délit. C'est ce qui a lieu lorsque l'acte de mariage a été *falsifié*, par exemple, par altération de la date, ou par supposition de personnes, ou parce qu'il contient autre chose que ce que les parties ont fait; par exemple, si l'officier de l'état civil a inscrit la reconnaissance d'un enfant au lieu d'un mariage (C. pén., art. 145-148; C. pén. b., art. 194-197); ou lorsque l'acte a été détruit, supprimé, soustrait ou détourné (C. pén., art. 173, 255; C. pén. b., art. 240); ou lorsqu'il a été écrit sur une feuille volante (C. pén., art. 192; C. pén. b., art. 241, 244, 263); ou lorsque l'officier chargé du dépôt des registres n'a pas suffisamment veillé à leur conservation (C. pén., art. 254; C. pén. b., art. 242).

Il importe peu que le fait constitue un *crime* ou un *délit*, ces mots, pris dans leur sens technique, définis par l'article 1er du code pénal. Les termes *procédure criminelle*, dans l'article 198, et *action criminelle*, dans l'article 199, doivent être pris dans un sens général. La terminologie du code d'instruction criminelle n'existait pas encore à l'époque où le code civil a été fait, et le projet du code prouve que ces articles s'appliquent également au cas où la disparition de la preuve est le résultat d'un délit puni de peines correctionnelles; par exemple, si l'acte a été inscrit sur une feuille volante. (Locré, IV, 410.) Mais les articles 198 et suivants ne sont pas applicables si l'officier de l'état civil a simplement *omis* d'inscrire l'acte de mariage sur les registres de l'état civil. Cette omission n'est punie d'aucune peine. Les époux doivent s'imputer à eux-mêmes de ne pas avoir veillé à l'inscription. Dans ce cas, on devrait appliquer l'article 46 (n° 158). On peut soutenir qu'il y a aussi lieu d'appliquer, par analogie, l'article 200.

335. Lorsque la disparition de la preuve du mariage a pour cause un crime ou un délit, la preuve de la célébration se trouve acquise par le résultat de la procédure criminelle, qui a pour objet la poursuite de ce crime ou délit; et alors l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage (art. 198). L'action criminelle n'est pas suspendue par la procédure civile, comme dans le cas d'une poursuite criminelle du délit de suppression d'état (art. 327). C'est parce que la preuve de la filia-

tion ne peut pas être établie par le résultat d'une procédure criminelle. Il faut d'abord que la question d'état soit vidée au civil, avant que l'on puisse savoir s'il y a eu ou non délit de suppression d'état. La preuve du mariage peut s'acquérir directement par la procédure criminelle, donc aussi par la preuve testimoniale admise en matière criminelle. On peut donner un double motif de cette différence : 1° la preuve de la filiation est plus difficile que celle du mariage qui est contracté publiquement et après des publications. Cette dernière offre moins d'incertitudes que la preuve de la filiation. C'est parce que la preuve de la filiation est périlleuse, que la loi a exigé, pour l'établir, d'autres garanties que la simple preuve testimoniale ; 2° de l'autre côté, lorsque ces garanties existent, la loi y attache des effets plus étendus. Ainsi, la possession d'état d'enfant légitime suffit pour prouver sa filiation (art. 320), tandis que la possession d'état d'époux légitimes ne prouve pas le mariage (art. 194). La destruction de l'acte de mariage enlève aux époux leur seul titre, il faut donc admettre plus facilement la preuve par témoins ; la destruction de l'acte de naissance n'enlève pas à l'enfant le moyen de prouver sa filiation.

336. L'action criminelle en répression du crime ou du délit ne peut être intentée que par le ministère public, excepté en matière correctionnelle, où la partie lésée peut citer le prévenu directement devant le tribunal. Les particuliers peuvent porter plainte ou se constituer *partie civile*. (C. d'inst. crim., art. 64, 182.) Tous ceux qui ont intérêt à faire déclarer l'existence du mariage, dont la preuve a disparu par suite d'un délit, peuvent porter plainte et se constituer partie civile devant les tribunaux criminels, ou procéder par voie de citation directe devant les tribunaux correctionnels. L'article 199 dit qu'ils peuvent intenter *l'action criminelle;* mais c'est l'action de la partie civile, laquelle était appelée action criminelle dans l'ancienne jurisprudence. Si le ministère public ne poursuit pas, la partie se trouve dans les cas des n°s 156 à 161, et peut invoquer l'article 46 du code civil.

L'article 199, en ne parlant que du cas où les époux sont décédés, n'est qu'énonciatif et non restrictif. De leur vivant, les époux peuvent agir. D'autres personnes ayant un intérêt né et actuel, par exemple, les enfants, peuvent aussi, du vivant des époux, porter plainte et se constituer partie civile ou agir directement.

Le ministère public *peut toujours* agir d'office. Ce n'est pas seulement dans le cas où les époux sont décédés *sans avoir découvert la fraude*, mais aussi s'ils avaient découvert la fraude sans avoir agi, que ceux qui auraient intérêt pourraient agir.

337. Après le décès de l'officier public ou de tout autre auteur du délit qui a fait disparaître la preuve d'un mariage, l'action en répression est éteinte. La preuve du mariage ne peut plus résulter d'une procédure criminelle. Mais les époux, ou d'autres personnes, peuvent avoir intérêt à établir l'existence du mariage. Ils peuvent procéder par une action civile en dommages-intérêts contre les héritiers de l'auteur du délit, et faire résulter de ce procès la preuve du mariage dont l'acte de célébration a disparu (art. 200). Cet article déroge aux principes généraux en disant que l'action sera dirigée *au civil par le ministère public, en présence des parties intéressées* et *sur leur dénonciation*. L'action civile est donnée au ministère public afin d'empêcher qu'un concert frauduleux ne s'établisse entre les demandeurs et les défendeurs, c'est-à-dire entre les prétendus époux et les héritiers de l'officier de l'état civil, pour amener ces derniers à reconnaître un délit qui n'a pas existé et à faire prononcer par jugement l'existence d'un mariage qui n'a pas été célébré.

L'article 200 doit être appliqué à tous les autres cas où la poursuite criminelle est éteinte, par exemple, par la prescription. Si l'auteur du crime ou délit est resté inconnu, les parties se trouvent dans le cas de l'article 46.

CHAPITRE III.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE. (ART. 172-179.)

I. A QUI APPARTIENT LE DROIT DE FAIRE OPPOSITION ET POUR QUELLES CAUSES.

338. Mieux vaut prévenir un mariage que d'en demander la nullité, à cause des effets souvent irréparables qui en résultent. Cette règle est le motif du droit d'opposition.

Mais, comme les oppositions au mariage pourraient donner lieu

à des abus, le législateur a désigné limitativement les personnes qui ont le droit de les faire, et les causes pour lesquelles elles peuvent être faites.

Ce droit appartient :

1° Au conjoint de l'une des parties qui veut contracter mariage (art. 172, 184, 188, 189, 194).

Un mariage purement religieux ne suffit pas à cet effet.

2° Aux ascendants dont le consentement est nécessaire ou dont le conseil doit être demandé pour le mariage, quand même l'enfant serait âgé de plus de vingt-cinq ans (art. 173). La mère et l'aïeule ne peuvent faire opposition, si le père ou l'aïeul vit et est en état de manifester sa volonté (arg., art. 148).

L'aïeule d'une ligne peut faire opposition en concours avec l'aïeul d'une autre ligne.

Les ascendants peuvent toujours faire opposition et ils ne sont pas tenus d'en énoncer le motif. Leur opposition est valable, quand même il n'y aurait aucun empêchement légal (art. 176). Le législateur a compté sur leur tendresse paternelle qui les empêcherait de faire opposition sans motif. Il a voulu permettre à l'ascendant d'arrêter le mariage par une opposition, afin qu'il pût employer ce délai pour ébranler la résolution de l'enfant, pour le ramener par des conseils salutaires et pour le détourner d'un mariage malheureux. Mais s'il n'y a pas d'empêchement légal et si les enfants ont atteint la majorité fixée par l'article 148, et qu'ils aient fait des actes respectueux, le tribunal doit ordonner mainlevée de l'opposition. L'opposition fondée seulement sur des motifs de convenance et de moralité, ne peut être accueillie. (Liége, 3 mars 1866, confirmatif d'un jugement du 2 décembre 1865, B. J., t. 24, 426 et la note; Pau, 18 juin 1867, D., 1867, 2, 144.)

339. 3° A défaut d'aucun ascendant, c'est-à-dire s'il n'y a pas d'ascendants ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, ont *individuellement* ou *concurremment* le droit de faire opposition, mais seulement dans les deux cas suivants : 1° lorsque le consentement du conseil de famille requis en cas de minorité n'a pas été obtenu; 2° lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux (art. 174).

La loi exige que les collatéraux, dont il s'agit ici, soient *majeurs ;* mais s'ils sont mineurs, leur tuteur ne peut pas former, en leur nom, opposition au mariage de leur parent. Le motif de cette disposition est celui-ci : le droit de faire opposition est fondé d'abord sur la parenté et sur l'affection présumée entre parents; puis, sur ce que, dans le cas prévu par l'article 174, les parents dont il y est question pourraient, s'ils étaient *majeurs,* se réunir en conseil de famille et défendre le mariage d'autorité. Or, si ces mêmes parents étaient mineurs, *leur* tuteur pourrait bien n'être pas parent du futur époux et n'avoir pas qualité pour siéger dans son conseil de famille.

L'article 174 est limitatif. D'autres parents ne peuvent pas faire opposition. Ainsi les descendants ne peuvent pas faire opposition au mariage des ascendants (Cass. fr., 21 août 1872, D., 1872, I, 345); ni les neveux, au mariage de leur oncle ou tante.

L'opposition ne peut être fondée sur la démence du *futur conjoint* du parent de l'opposant.

Lorsque l'opposition faite par un parent collatéral est fondée sur l'état de démence du futur époux, elle ne sera jamais reçue qu'à la charge, par l'opposant, de provoquer l'interdiction et d'y faire statuer dans le délai qui doit être fixé par le jugement. Le tribunal cependant peut prononcer mainlevée pure et simple si l'opposition paraît de prime abord dénuée de tout fondement. Mais c'est toujours à la charge d'appel et l'opposant dûment appelé. (Art. 174, 178, Caen, 12 octobre 1857, et 5 janvier 1858, D., 1859, 2, 82; Orléans, 26 août 1871, D., 1873, 2, 61.)

4° Le tuteur ou curateur du *futur époux* (et non des collatéraux dénommés dans l'art. 174) ne peut faire opposition que pour défaut de consentement du conseil de famille et pour cause de démence, et seulement avec l'autorisation du conseil de famille (art. 175).

D'autres personnes n'ont pas le droit de faire opposition au mariage. Les articles 172-175 sont limitatifs.

340. Le ministère public a-t-il le droit d'opposition? La question est controversée. Pour la *négative* on s'appuie sur la nature limitative des règles des articles 172-175; sur le silence de la loi; sur ce qu'en matière civile le ministère public ne peut agir que dans les cas spécifiés par la loi; sur ce que le mal n'est pas

sans remède, puisque le ministère public a, dans certains cas, l'action en nullité (art. 184, 191); que l'on ne peut pas argumenter *à fortiori* de l'action en nullité pour prouver le droit d'opposition, parce que la demande en nullité, si elle est mal fondée, ne fait aucun tort aux parties, tandis que l'opposition retarde toujours et peut faire manquer le mariage. D'autres, argumentant *a fortiori* des articles 184 et 191, donnent au ministère public le droit d'opposition s'il y a un empêchement *dirimant* et d'*ordre public*. (Cass. fr., 21 mai 1856, J. P., 1856, II, p. 229.) Dans l'hypothèse décidée par cet arrêt, un individu marié avait fait afficher les publications d'un nouveau mariage avant la dissolution du premier. Le ministère public y forma opposition. Suivant d'autres enfin, le ministère public peut former opposition en cas d'empêchement, soit prohibitif, soit dirimant, s'il intéresse l'ordre public, en vertu de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 d'après lequel le ministère public, en *matière civile*, surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements, et qu'il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.

Ce motif est juste; mais on ne peut pas admettre l'extension que la troisième opinion donne au pouvoir du ministère public. Tout en fondant son droit de faire opposition sur l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, il faut borner ce droit aux cas des articles 184 et 191 comme les seuls qu'il faille considérer comme étant d'ordre public.

L'officier de l'état civil peut, sous sa responsabilité personnelle, refuser de célébrer tout mariage contre lequel il existe un empêchement quelconque.

II. QUAND ET COMMENT L'OPPOSITION DOIT ÊTRE FAITE.

341. Elle peut être faite jusqu'à la célébration du mariage.

L'acte d'opposition au mariage doit être signé sur l'original et sur la copie par l'opposant ou par son fondé de procuration spéciale et authentique; cet acte doit être signifié avec la copie de la procuration à la personne ou au domicile des parties, c'est-à-dire des *deux* époux futurs, et non-seulement de celui contre lequel l'opposition est dirigée, à l'officier de l'état civil de l'un des endroits où les publications doivent être faites. Il n'est pas néces-

saire de les signifier aux officiers des différentes communes où les publications doivent avoir lieu; car si les publications ont été faites dans plusieurs communes, l'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage avant que les parties ne lui aient remis un certificat délivré par l'officier civil de chaque commune et constatant qu'il n'existe point d'opposition (art. 69). Après avoir reçu l'acte d'opposition, l'officier de l'état civil doit mettre son *visa* sur l'original et en faire, sans délai, une mention sommaire sur le registre des publications (art. 66, 67).

L'acte d'opposition doit énoncer la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former et les motifs de l'opposition. L'ascendant n'est pas tenu d'énoncer les motifs de son opposition. L'acte doit, en outre, contenir élection de domicile de la part de l'opposant, dans le lieu où le mariage doit être célébré. Ces règles doivent être observées à peine de nullité de l'acte et de l'interdiction de l'officier ministériel qui l'a signé (art. 176).

342. La loi ne prescrit pas que l'acte de publication indique le lieu où le mariage sera célébré. Suivant les circonstances, le mariage peut être célébré dans quatre communes différentes, dans celle du domicile de chacun des futurs époux (art. 165), ou dans la commune où chacun des futurs époux a eu une résidence de six mois (art. 74). Où alors le domicile devra-t-il être *élu?* L'opposant peut sans doute élire domicile dans chacune de ces communes. C'est ce qui est le plus prudent. Si les publications indiquent le lieu où le mariage sera célébré, il suffit d'y élire domicile; sinon il faut élire domicile dans la commune où l'époux contre lequel l'opposition est dirigée a son domicile. Car le but de l'élection de domicile est de permettre au futur époux de demander la mainlevée devant le tribunal du domicile élu, afin qu'il n'ait pas besoin de suivre l'opposant devant *sa* juridiction. (Termonde, trib. civ., 11 janvier 1868, B. J, t. 26, 207 et la note.)

III. DES EFFETS DE L'OPPOSITION.

343. En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage avant qu'on lui en ait remis la mainlevée, sous peine de 300 francs d'amende et de tous dommages-intérêts

(art. 68). La mainlevée, si elle n'est pas volontaire, doit résulter d'une sentence passée en force de chose jugée. (Gand, 4 déc. 1871, et Cass. B., 19 févr. 1872, P., 1872, 131.)

Mais l'officier de l'état civil peut-il passer outre si l'acte d'opposition est nul, à cause du défaut des formalités prescrites par l'article 176? Est-il juge de cette nullité? Sous l'ancien droit, l'opposition, quelque mal fondée qu'elle pût être, suspendait toujours le mariage. D'après la loi du 20 septembre 1792, l'opposition irrégulière était censée non avenue. Sous le code, il y a controverse. Il est certain que le mariage n'est pas nul, si l'officier de l'état civil a passé outre nonobstant l'opposition, à moins qu'il n'y ait un empêchement *dirimant* (art. 192). Mais ce fonctionnaire a-t-il encouru l'amende comminée par l'article 68 et les dommages-intérêts? Cela dépend de l'issue du procès sur l'opposition. Évidemment *non*, si l'opposition est déclarée nulle pour défaut des formalités prescrites par l'article 176; *oui*, si elle est déclarée valable. L'officier civil peut donc passer outre à la célébration du mariage sous sa responsabilité. Dire que l'officier de l'état civil doit s'arrêter devant le premier acte informe venu, ce serait ouvrir carrière à tous les abus.

IV. DE LA MAINLEVÉE DE L'OPPOSITION.

344. La mainlevée de l'opposition peut être volontairement consentie ou judiciairement ordonnée. Si, malgré la mainlevée consentie par l'opposant, l'empêchement continuait de subsister (par exemple, un premier mariage), l'officier de l'état civil pourrait refuser de célébrer le mariage.

Le futur époux, contre le mariage duquel l'opposition a été faite, peut *seul* en demander la mainlevée. Il n'y a pas lieu d'ordonner la comparution personnelle de l'enfant demandeur en opposition contre le père. (Liége, 3 mars 1866, *suprà*, n° 338.)

345. La demande peut être portée soit devant le tribunal du lieu où le mariage doit être célébré, si ce lieu a été indiqué, et peu importe, dans ce cas, que l'opposant y ait élu domicile ou non; soit devant le tribunal du domicile de l'époux contre lequel l'opposition a été dirigée, si l'opposant y a élu domicile (Cass. fr., 5 juillet 1859, D., 1859, 1, 316); soit devant le tribunal du domi-

cile réel de l'opposant. (Brux., 5 août 1869, P., 1869, 364; C. de procéd., art. 59, alinéa 9; arg., C. civ., art. 111.) La demande est dispensée du préliminaire de conciliation, parce qu'elle requiert célérité. (C. de proc., art. 49, 2°, 5°.) Le tribunal de première instance doit prononcer dans les dix jours sur cette demande, et, s'il y a appel, il doit y être statué aussi dans les dix jours de la citation. L'appel est non recevable, comme manquant d'intérêt, si le mariage a été contracté sur le vu du jugement ordonnant la mainlevée. (Gand, 18 mars 1868, B. J., t. 26, 491, P., 1868, 162) (art. 177, 178.) Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts (art. 179).

L'opposition rejetée ne peut plus être réitérée pour la même cause; la chose jugée s'y oppose. Mais si l'opposition, faite par une personne n'ayant pas qualité pour la faire, a été rejetée, et que, néanmoins, elle ait révélé l'existence d'un empêchement, le tribunal peut, tout en ordonnant la *mainlevée*, ne pas ordonner à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage. L'officier de l'état civil peut même, en ce cas, se refuser à célébrer le mariage.

L'officier de l'état civil doit faire mention, en marge de l'inscription, des oppositions, des jugements ou des actes de mainlevée dont l'expédition lui a été remise (art. 67, 76, n° 7).

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DU MARIAGE. (Art. 180-202.)

I. INTRODUCTION. — DES CAUSES DE NULLITÉ EN GÉNÉRAL.

346. Les différentes nullités d'un mariage ne sont pas soumises aux mêmes règles; elles produisent des effets différents. On ne peut pas formuler une théorie générale et absolue dans cette matière. Plusieurs jurisconsultes distinguent entre le mariage *nul* ou *non existant* et le mariage seulement *annulable*. (Zachariæ, § 450; Demolombe, t. III, 240.) Ils considèrent le mariage comme *non existant* lorsqu'une des conditions *essentielles pour son exis-*

tence manque. Ces conditions, suivant eux, sont : 1° la différence des sexes ; 2° le consentement respectif de se prendre pour mari et femme, et 3° la célébration solennelle de l'union. Si une de ces conditions manque, le mariage doit être considéré comme non existant, indépendamment de tout jugement qui en déclare la nullité. (Montpellier, 8 mai 1872 ; Cass. fr., 15 janv. 1872, D., 1872, 2, 48 ; 1, 52.) Si ces conditions sont réunies, le mariage *existe*, mais il peut être détruit par un jugement qui en prononce la nullité. Suivant d'autres jurisconsultes, par exemple Toullier, le mariage n'est jamais nul de plein droit ; la nullité doit toujours en être prononcée, quand même les éléments essentiels pour son existence ne seraient pas réunis. En théorie pure, la première distinction est juste et elle a percé plusieurs fois dans les discussions ; mais elle n'est pas fondée sur la loi. Si l'on voulait en tirer toutes les conséquences qui en résultent logiquement, elle produirait des effets contraires à la loi. Elle ne peut donc servir de base pour établir une théorie conforme au code civil. Ainsi, toute l'inanité de cette distinction se montre dans l'application que l'on voudrait en faire au cas où le mariage a été contracté sans le consentement libre des époux. C'est, d'après les partisans de la première théorie, un cas où le mariage est *non existant*. « Il n'y a point de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement, » dit l'article 146. Or, le mariage contracté sous l'empire de l'erreur ou de la violence est si bien existant qu'il se valide complétement par six mois de cohabitation depuis que l'erreur ou la violence a cessé.

Le mariage ne peut être annulé que lorsqu'il y a un empêchement *dirimant* (n° 271).

347. Le droit de demander la nullité d'un mariage n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi l'accorde formellement. Ces personnes diffèrent suivant la cause de la nullité. Dans les cas où la loi reconnaît ce droit *à toute personne intéressée* ou au *ministère public*, la nullité est *absolue ;* si la loi ne le reconnaît qu'à certaines personnes spécialement désignées, la nullité n'est que *relative*. Les premières ne peuvent, en règle générale, pas se couvrir, sauf l'exception de l'article 185 ; les secondes sont susceptibles de se couvrir par la renonciation expresse ou tacite.

A. *Des nullités relatives.*

348. Il y a deux nullités relatives : 1° celle résultant du défaut de consentement des époux (nos 275-279), et 2° celle résultant du défaut de consentement des personnes sous l'autorité desquelles les époux sont placés quant au mariage (nos 280-290).

1. DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT DES ÉPOUX (art. 180-181).

349. La nullité du mariage contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être demandée que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne (nos 277, 278), le mariage ne peut être attaqué que par celui des époux qui a été induit en erreur (art. 180).

L'époux *mineur* peut aussi attaquer le mariage contracté sans consentement libre. La rédaction du projet de l'article 180 ajoutait les mots : « *si ces époux ou cet époux étaient majeurs* »; ces mots furent retranchés après discussion au conseil d'État, afin que l'article 180 pût embrasser tous les cas. Le mineur émancipé par le mariage (art. 476) a besoin de l'assistance de son curateur pour demander la nullité du mariage. (Turin, 14 juillet 1807.) Toutefois, la nécessité de l'assistance du curateur est controversée. Un arrêt de Bruxelles du 2 février 1861 décide que le mineur émancipé peut défendre à une action en nullité du mariage sans l'assistance de son curateur. (B. J., t. 19, 599 et suiv.; voy., sur ces questions, Troplong, *Tr. des hypothèques*, n° 488.)

Quand même l'époux trompé ou violenté serait décédé pendant qu'il était encore dans le délai d'intenter l'action en nullité, ses *héritiers* ne peuvent pas l'intenter. La nature de cette action est purement personnelle. « Ce qui constitue le caractère propre à la violence et à l'erreur, c'est de ne pouvoir être connue et attestée avec quelque certitude que par celui qui prétend en avoir été le sujet, » disait l'orateur du Tribunat. (Locré, t. IV, p. 558.) Par le même motif, les créanciers de l'époux trompé ou violenté ne peuvent pas non plus attaquer le mariage.

Mais l'action intentée par l'époux peut être poursuivie par ses héritiers.

350. La demande en nullité n'est plus recevable lorsqu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue (art. 181). Cette disposition est une application du principe plus général sur la confirmation et la ratification des conventions (art. 1338). La cohabitation continuée pendant un certain temps est le *principal* fait qui prouve une ratification *tacite*. Une confirmation ou ratification expresse du mariage doit avoir les mêmes effets. L'article 181 n'est donc pas limitatif (arg., art. 183).

La grossesse de la femme ou la survenance d'un enfant ne constitue pas la ratification tacite; car l'enfant peut avoir été conçu avant la cessation de la violence ou de l'erreur. De plus, dans le cas où l'action en nullité appartiendrait au mari, la femme pourrait se procurer une fin de non-recevoir par l'adultère.

L'époux mineur peut aussi ratifier le mariage soit expressément, soit tacitement.

S'il n'y a pas eu de cohabitation continue pendant six mois, l'action en nullité se prescrit par *dix* années aux termes et sous les conditions de l'article 1304, et non pas par trente ans comme le prétendent quelques jurisconsultes, qui allèguent pour motif que le mariage n'est pas un contrat ordinaire auquel s'appliquent les dispositions concernant les conventions. On doit dire, au contraire, que la nature et les motifs des dispositions des articles 1304 et suivants, relatives à la nullité des conventions pour lésion, erreur et violence, s'appliquent au contrat de mariage tout aussi bien que les articles 1189 à 1115.

Si l'action n'est pas prescrite et s'il n'y a pas eu ratification ou cohabitation continuée pendant six mois, l'action en nullité ne peut pas être repoussée par l'exception tirée de la possession d'état en vertu de l'article 196; d'abord, parce qu'on ne conçoit pas la possession d'état en fait de mariage sans la cohabitation, et puis, parce que cet article s'applique seulement au cas où l'*acte de célébration* est nul (n° 328).

2. DU DÉFAUT DE CONSENTEMENT DES ASCENDANTS (art. 182, 183).

351. Le mariage contracté sans le consentement des ascendants peut être attaqué :

a. Par celui ou par ceux dont le consentement était requis au

moment de la célébration (art. 182). La demande en nullité est la sanction de leur droit. Il faut rapprocher l'article 182 des règles sur le consentement des ascendants. (Voy. *suprà*, n°s 280-290.) De ces règles il suit :

1° Que la mère qui n'a pas consenti ne peut pas demander la nullité du mariage lorsque le père a consenti (art. 148, alin. 2). Elle ne le pourrait pas même si après la célébration du mariage le père était décédé ou s'était trouvé dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Si le père n'a pas consenti, la mère, quand même *elle* aurait consenti, peut agir en nullité avec son concours, et *seule*, après son décès, ou lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté;

2° Que dans le cas de l'article 150, alinéa 1, la demande en nullité appartient à l'aïeule (mais aux mêmes conditions qu'à la mère) de l'une ou de l'autre ligne;

3° Que dans le cas de l'article 150, alinéa 2, lorsqu'il y a des ascendants dans les deux lignes, une ligne ne peut pas agir en nullité si l'autre ligne s'y oppose (arg., n° 1);

4° Que dans le cas de l'article 160, l'action en nullité n'appartient pas à l'un ou l'autre parent isolé, mais *au conseil de famille*, qui décide à la majorité et sauf recours au tribunal (n° 286). Le conseil de famille charge le tuteur ou un de ses membres de poursuivre l'action;

5° Que si les ascendants dont le consentement était requis sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'action ne passe pas au degré supérieur des ascendants.

b. Par l'époux qui avait besoin du consentement. La loi regarde comme entaché de séduction le consentement de l'époux qui n'avait pas encore l'âge nécessaire pour contracter mariage par lui-même. L'ancien droit y voyait un rapt de séduction.

L'action en nullité n'appartient ni aux héritiers ni aux créanciers de ceux auxquels la loi la confère (n° 349).

352. Comment la nullité résultant du défaut de consentement des ascendants peut-elle se couvrir (art. 183)? Il faut distinguer.

a. A l'égard des ascendants dont le consentement était nécessaire, elle se couvre : 1° par l'approbation expresse ou tacite, par exemple, si l'ascendant a signé l'acte de naissance de l'enfant procréé dans ce mariage, ou s'il a été parrain au baptême (Cass.

fr., 8 mars 1875, D., 1875, 1, 482); 2° après l'expiration d'une année sans réclamation de leur part depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage (art. 183). Le mariage est alors censé tacitement approuvé.

L'une ou l'autre de ces circonstances éteint aussi l'action en nullité des *époux eux-mêmes*. Car, du moment que les ascendants ont approuvé le mariage, on peut dire qu'il n'y avait pas de rapt de séduction et que dès lors la cause de la nullité est censée n'avoir jamais existé. Mais la ratification expresse ou tacite du mariage *par les époux* ou par l'un d'eux, devenu majeur, ne peut pas porter préjudice au droit des ascendants dont l'autorité a été méconnue. Ils peuvent encore agir en nullité. De même ni la mort de l'époux qui avait besoin du consentement, ni sa majorité ne font perdre aux ascendants ou au conseil de famille le droit de demander la nullité du mariage. Ces circonstances ne peuvent pas leur enlever un droit acquis, et elles ne sont pas de nature à pouvoir effacer le vice dont le mariage était entaché.

b. A l'égard des époux eux-mêmes ou de l'un d'eux, la nullité est couverte : 1° lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part depuis qu'il a atteint l'*âge compétent* pour consentir par lui-même au mariage, c'est-à-dire vingt et un ans pour la femme et vingt-cinq ans pour le garçon s'il avait des ascendants, et vingt et un ans s'il n'en avait pas (art. 148-160), et non pas indistinctement vingt et un ans, comme l'enseignent quelques jurisconsultes (art. 183). La loi n'exige pas la cohabitation, comme dans le cas de l'article 181 (n° 350).

2° Si, avant l'expiration de l'année, mais après l'âge compétent, l'époux qui avait besoin du consentement a expressément ou tacitement approuvé le mariage (art. 183, alin. 1 ; arg., art. 181).

3° Dans les deux cas cités sous littera *a*, pour le motif qui y est indiqué. Toutefois, si l'approbation de la part des personnes dont le consentement était requis n'a été donnée qu'après que l'action en nullité était intentée de la part de l'un des époux, elle n'éteint pas cette action.

B. *Des nullités absolues.*

RÈGLES GÉNÉRALES.

353. Il y a cinq cas de nullités absolues : 1° l'impuberté ou le défaut d'âge (art. 144) ; 2° l'existence d'un premier mariage (art. 147) ; 3° la parenté ou l'alliance au degré prohibé (art. 161-163) ; 4° le défaut de publicité (art. 165) ; 5° l'incompétence de l'officier de l'état civil (art. 191).

Ce qui caractérise ces causes de nullité, c'est qu'elles ne sont pas fondées sur la violation d'un droit privé, mais sur la violation des principes qui intéressent, à un degré plus ou moins éloigné, l'ordre public ou les mœurs. C'est pour cette raison que l'action en nullité compète à toutes les personnes intéressées, et on peut dire à la société tout entière représentée par le ministère public.

354. En règle générale (sauf quelques modifications), la nullité absolue peut être proposée par *toute personne qui a un intérêt à la proposer*. Ce sont :

1° L'un et l'autre conjoint (art. 184).

2° L'époux dont le conjoint a contracté un second mariage avant la dissolution du premier (art. 188).

3° Les ascendants de l'un ou l'autre époux (art. 186, 191, 184). Ils ont un intérêt parce qu'ils ont une magistrature domestique, et ils sont chargés de maintenir la paix et le bon ordre dans les familles. Ils ont de plus des intérêts positifs parce qu'ils ont envers leurs descendants légitimes des obligations alimentaires (art. 205-207), et l'existence de descendants légitimes restreint leur droit de disposer de leurs biens. Ils ont en outre un intérêt d'affection et d'honneur.

Il n'est pas nécessaire que les ascendants aient un intérêt *pécuniaire*, ou que leur descendant ait omis de demander leur consentement pour qu'ils puissent agir en nullité, comme le soutiennent quelques jurisconsultes (arg. *à contrario* de l'art. 187). La restriction apportée au droit des collatéraux et des autres personnes intéressées ne s'applique pas aux ascendants ; cela résulte clairement de l'article 191 qui attribue le droit de demander la nullité d'une manière absolue aux ascendants seulement et aux autres personnes lorsqu'elles y ont un intérêt né et actuel.

4° Toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire *né* et *actuel*, par exemple les créanciers des époux, afin de maintenir un acte passé par la femme sans l'autorisation maritale, ou pour contester l'hypothèque légale de la femme; les parents collatéraux de l'un des époux ou les enfants nés d'un autre mariage. Mais les collatéraux ou les enfants d'une autre union ne peuvent pas se fonder sur une simple *espérance* de succéder pour demander la nullité d'un mariage; il faut que leur droit soit déjà *ouvert* (art. 187).

Toutefois, la disposition de l'article 187 qui défend aux parents collatéraux et aux enfants nés d'un autre mariage d'intenter l'action en nullité d'un mariage *du vivant des deux époux*, n'est pas limitative. La loi prévoit les cas les plus fréquents dans lesquels, en effet, l'intérêt des enfants d'un premier lit ou des collatéraux ne naît qu'après la mort de l'un des époux. Mais les collatéraux pourraient agir du vivant des époux si alors déjà ils avaient un intérêt actuel. Par exemple A meurt. Il laisse un frère B et un fils C; ce dernier a un enfant. C renonce à la succession de son père A; cette succession est donc dévolue au petit-fils d'A (art. 745, 786, 787). Le frère B a un intérêt à demander la nullité du mariage de C, afin de contester la légitimité de son fils et de l'écarter de la succession d'A.

Quant aux enfants nés d'un autre mariage, ils peuvent se trouver dans le même cas. Par exemple A a deux enfants d'un premier mariage, B. et C. Il se remarie et il a un enfant du second lit, D. B meurt. Pour écarter D du partage, C conteste sa légitimité en attaquant directement ou indirectement le second mariage de son père. Mais, dans ce dernier cas, il faut décider que l'obligation de respect imposée par l'article 371 défend à l'enfant d'intenter l'action en nullité du mariage de son père du vivant de ce dernier. (Montpellier, 2 mars 1832. Demolombe, II, 307.)

355. 5° Le droit de demander la nullité du mariage appartient au ministère public (art. 184, 190, 191). L'action du ministère public cesse lorsque la cause qui y a donné lieu vient à cesser. Ainsi, il ne peut plus agir en nullité lorsque l'un des époux est décédé. L'article 190 dit : *Le ministère public peut et doit demander la nullité du mariage du vivant des deux époux.* Le sens de ces mots est équivoque. Suivant le discours de *Portalis*,

orateur du gouvernement (n° 50) (Locré, IV, 514), le ministère public a un pouvoir discrétionnaire d'agir ou de ne pas agir et, dans son esprit, les mots *du vivant des deux époux* ont la signifition : d'une part, que le ministère public peut agir déjà *du vivant des époux* (par antithèse à l'article 187), et, d'autre part, que, s'il veut agir, il *doit agir du vivant des deux époux*, et son action s'éteint par la mort de l'un d'eux.

Suivant le discours de *Boutteville*, orateur du Tribunat (n° 22) (Locré, IV, 561), le ministère public a le *devoir* d'agir, l'action en nullité n'est pas facultative, mais *obligatoire* pour lui. Mais dans cet ordre d'idées le mot « *peut* » serait superflu. Car il est évident que le magistrat *peut* toujours faire ce qu'il *doit* faire.

La première interprétation est préférable. Les trois articles précédents, 187-189, déterminent les cas dans lesquels les personnes y mentionnées peuvent agir, soit *du vivant*, soit seulement *après le décès* de l'un des époux. Il est tout naturel que le législateur ait eu l'intention de fixer également *quand* le ministère public pourra agir, et quand il ne le pourra plus. Il est probable que Portalis a été l'interprète le plus fidèle de la pensée du conseil d'État dont il était membre. Il dit « que la censure confiée au ministère public ne doit pas devenir oppressive et dégénérer en inquisition, et qu'il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscrètes d'un délit obscur, ancien ou ignoré, qu'il n'y en a dans le délit même ».

Par la même raison, il faut admettre que l'action du ministère public en nullité d'un mariage contracté par l'un des époux au préjudice d'un précédent mariage est éteinte après le décès du premier conjoint de cet époux.

L'action en nullité d'un mariage ne peut plus être intentée pour un intérêt pécuniaire lorsque les droits sur lesquels cet intérêt est fondé sont éteints par prescription ou par un autre mode d'extinction des obligations, par exemple, par renonciation ou transaction.

1. DU DÉFAUT D'AGE (art. 185, 186, 190).

356. Le mariage contracté par des époux qui n'avaient pas encore l'âge requis par l'article 144, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, peut être attaqué en nullité aussi bien par

l'époux pubère que par l'époux impubère. Toutefois cette nullité peut être couverte de trois manières :

1° D'une manière *relative* et seulement à l'égard des parents ascendants ou collatéraux, lorsqu'ils ont consenti à ce mariage (art. 186). « Il ne faut pas qu'ils puissent se jouer de la foi du mariage, après s'être joués des lois », dit Portalis dans l'Exposé des motifs. (Locré, IV, p. 513.) Par *famille,* dans cet article, il ne faut pas entendre le conseil de famille, mais tout membre de la famille, tout parent, qui a approuvé le mariage d'une manière quelconque, quand même son consentement n'aurait pas été requis pour la validité du mariage; par exemple, un collatéral qui a fait une donation à l'un des époux par contrat de mariage ou en vue du mariage.

Il suit de là que la mère peut agir en nullité, si elle n'a pas consenti au mariage, quand même le père y aurait consenti : par exemple, dans le cas où le père serait décédé depuis. C'est une différence à remarquer entre le cas de l'article 183 et celui de l'article 186.

2° A l'égard des *époux eux-mêmes,* s'ils ont approuvé ou ratifié le mariage expressément ou tacitement après avoir atteint l'âge requis pour se marier. (Toullier, t. I, 622; Demolombe, t. II, 318. — *Contrà,* Zachariæ, § 466, n° 16.)

La question est controversée. Elle était décidée dans le sens indiqué par l'ancien droit français. (Pothier, n° 95.) Et avec raison. Car, pourquoi les époux ne pourraient-ils pas ratifier, après leur puberté, le mariage contre lequel il n'y a plus aucun obstacle (arg., art. 180, 181, 183, 186)?

357. 3° La nullité est couverte *d'une manière absolue* à l'égard de *tout le monde : a.* lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux impubère ou les époux impubères ont atteint l'âge *compétent,* c'est-à-dire l'âge requis par l'article 144 pour contracter mariage, peu importe qu'il y ait eu cohabitation ou non. Car, après la puberté, la cause de la nullité n'existe plus; *b.* lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois (art. 185). Dans ce cas, la présomption d'impuberté, qui est le motif de l'article 144, cède à la réalité. Cette disposition ne s'applique qu'au cas où la *femme* a contracté mariage avant sa puberté, peu importe l'âge du mari. Si la femme était pubère,

tandis que le mari ne l'était pas, la grossesse survenue ne créerait pas une fin de non-recevoir contre la demande en nullité de la part du mari. Dans ce cas, l'action ne serait éteinte que six mois après que le mari aurait atteint l'âge de dix-huit ans.

Faut-il compter les *six mois* à partir de la *célébration du mariage* ou à partir du moment où la femme a atteint l'âge de puberté? La rédaction et les discussions prouvent qu'il faut les compter à partir du moment où la femme a atteint l'âge de la puberté, de sorte que le mariage ne peut plus être annulé si la femme a conçu à une époque quelconque, pourvu que ce soit avant l'échéance de six mois depuis sa puberté. (Locré, IV, 513.) Si la grossesse survient *après* que l'action en nullité a été *intentée,* la fin de non-recevoir peut néanmoins être opposée. La première rédaction de l'article 185, n° 2, portait : « Si la femme a conçu *avant* l'époque de la *réclamation.* » Le changement qu'a subi cette rédaction prouve que le législateur a vu une fin de non-recevoir même dans la grossesse survenue depuis la réclamation. Il est donc prudent de ne statuer sur l'action en nullité que quand il sera *certain* que la femme n'a pas conçu dans les six mois de sa puberté, c'est-à-dire, seize mois après le jour de la puberté (arg., art. 315).

La nullité résultant du défaut d'âge ne peut pas être couverte par la dispense obtenue après le mariage. Toutefois, on pourrait soutenir avec raison qu'alors le ministère public ne pourra plus agir en nullité. Car la société, au nom de laquelle il agit, a approuvé le mariage par l'organe de son représentant, le gouvernement (arg., art. 186).

2. DE L'EXISTENCE D'UN PREMIER MARIAGE.

358. L'action en nullité peut être repoussée par l'exception de la nullité du premier mariage, laquelle est toujours au moins dilatoire. Elle peut être péremptoire, suivant l'issue du procès (art. 189).

La dissolution du premier mariage, survenue depuis que l'action en nullité du second a été intentée, ne fait pas cesser l'action en nullité, excepté contre le ministère public (n° 355 à la fin).

Ni la prescription de la poursuite criminelle pour bigamie, ni

la prescription de trente ans, ni la possession d'état ne couvrent la nullité résultant d'un mariage précédent.

3. DE L'EMPÊCHEMENT PROVENANT DE L'ALLIANCE OU DE LA PARENTÉ.

359. La nullité qui en résulte ne peut se couvrir par aucune fin de non-recevoir.

4. DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ (art. 191).

360. Le législateur ne définit pas la publicité. Il prescrit plusieurs règles pour la garantir, notamment : les publications des bans, la célébration devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, la célébration dans la maison communale et la présence de quatre témoins (nos 310-318). Mais l'inobservation de l'une ou l'autre de ces règles ne constitue pas encore la *clandestinité* du mariage et n'entraîne pas sa nullité; par exemple, le défaut des publications des bans, la célébration ailleurs qu'à la maison communale. La question de savoir si le mariage a été célébré avec une publicité *suffisante* pour satisfaire au prescrit de la loi est une question de fait, dont l'appréciation est abandonnée à la sagesse des magistrats (art. 193). (Lyon, 10 avril 1856, D., 1857, 2, 54; Brux., 14 mars 1866, B. J., t. 23, 465.) Ainsi, ni la présence des quatre témoins, ni la célébration à la maison commune, ni les publications des bans ne sont requises à peine de nullité. Même l'absence de plusieurs de ces conditions peut ne pas constituer une nullité.

Il faut bien distinguer le mariage *secret* du mariage *clandestin*. On appelait anciennement *mariages secrets* ceux qui, *quoique contractés selon les lois,* avaient été tenus cachés pendant la vie des époux, et dont la connaissance avait été concentrée avec soin parmi le petit nombre de témoins nécessaires à sa célébration. Ces mariages, quoique valables au fond, avaient été privés de tous effets civils par la déclaration du 26 novembre 1639. Aujourd'hui, les mariages tenus secrets, si tant est qu'on peut leur donner encore ce nom, sont valables s'ils ont été contractés *selon les lois*.

On appelait mariages *clandestins* ceux que la société n'avait jamais connus, qui n'avaient été célébrés devant aucun officier

public. Ils étaient toujours considérés comme *nuls* et ils le sont à plus forte raison aujourd'hui.

361. Le mariage qui n'a pas été célébré publiquement peut être attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public (art. 191). Cette nullité peut se couvrir d'une manière *relative*, entre les époux eux-mêmes, par la possession d'état (art. 196). (Aix, 14 mai 1857, D., 1857, 2, 148.) La publicité donnée au mariage *après* la célébration enlève à l'égard des époux le vice de clandestinité dont il était entaché à son origine. La possession d'état, si elle ne couvre pas la nullité d'une manière absolue, doit être d'une grande influence sur le juge quand il apprécie la gravité des circonstances qui ont constitué le défaut de publicité dans la célébration du mariage.

Alors même que les contraventions à la règle qui prescrit la publicité ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage, le ministère public doit faire prononcer contre l'officier de l'état civil une amende qui ne peut excéder 300 francs, et contre les parties contractantes ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, une amende proportionnée à leur fortune (art. 193). Cette amende peut aussi être prononcée, si le mariage a été annulé.

La nullité ne se couvre pas par la confirmation, parce que la raison de cette nullité n'est pas une absence de liberté de la volonté des époux. Elle ne se couvre pas non plus par la prescription, sauf ce qui a été dit à la fin du n° 355.

5. DE L'INCOMPÉTENCE DE L'OFFICIER DE L'ÉTAT CIVIL.

362. Le mariage a été célébré devant un officier de l'état civil incompétent, s'il n'a pas été célébré devant celui de la commune où la loi veut qu'il soit célébré, mais devant un autre officier de l'état civil (art. 74, 165).

Il faut distinguer du mariage célébré devant un *officier incompétent* : 1° celui célébré devant un individu usurpant les fonctions de l'officier de l'état civil; 2° celui célébré devant un officier de l'état civil fonctionnant hors du territoire de la commune pour laquelle il était nommé (n° 318); 3° celui célébré devant une autre

autorité, par exemple, devant le gouverneur ou le juge de paix. Dans ces trois cas, il n'y a pas même eu célébration devant un officier de l'état civil, et le mariage est absolument nul.

363. Mais le mariage est-il *nécessairement* nul quand il a été célébré devant un officier de l'état civil *incompétent?* Par exemple, deux personnes se sont mariées dans une commune où elles n'avaient que cinq mois et demi de résidence (art. 74). Non, l'article 193 est formel. C'est une question dont l'appréciation est laissée à l'arbitrage du magistrat.

Pour soutenir l'opinion contraire, on dit que l'article 193 ne s'applique qu'à la *première* règle de l'article 165, qui exige que le mariage soit célébré *publiquement,* et non pas à la seconde. C'est une erreur; car l'article 193 dit que les peines comminées par l'article 192 seront appliquées pour toute contravention *aux règles prescrites* par l'article 165; et l'article 165 contient *deux* règles : l'*une,* qui veut que le mariage soit célébré publiquement; l'*autre,* qui veut qu'il soit célébré devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties. L'article 193 doit donc s'appliquer à toutes les deux. On dit encore que l'incompétence de l'officier de l'état civil est un fait unique et indivisible, qui n'est pas susceptible de *plus* ou de *moins,* comme la *publicité,* qui est un fait composé, susceptible d'appréciations différentes. Cela est vrai, abstractivement parlant, mais en réalité il n'en est pas ainsi. Il y a des nuances, et pour ainsi dire des circonstances atténuantes ou aggravantes de l'incompétence. Il y a aussi la compétence controversée, par exemple, à cause de la question de savoir où est le domicile matrimonial (n° 316). (Toullier, t. I, 644; Demolombe, n° 298; Paris, 5 janvier 1852 (audience solennelle); Colmar, 27 février 1852, D. P., 1852, 2, p. 173, 260; Anvers, trib. civ., 29 avril 1864, sous Brux., 14 mars 1865. *Suprà,* n° 360.)

La nullité provenant de l'incompétence de l'officier civil ne se couvre pas.

II. DES EFFETS DE L'ANNULATION DU MARIAGE.

A. *En général.*

364. Le mariage contracté devant un officier de l'état civil produit tous ses effets tant qu'il existe de fait et tant que sa nul-

lité n'a pas été prononcée par un jugement. (Gand, 12 juillet 1877, P., 1878, 34.) Le jugement qui en prononce la nullité est, comme les jugements en général, *déclaratif* du droit; il a un effet rétroactif, et le mariage est censé n'avoir jamais existé. Ainsi : 1° quant aux époux, tous les droits et obligations résultant du mariage sont anéantis; toutes les dispositions de leur contrat de mariage tombent. Mais les droits et obligations qui peuvent être résultés de l'union qui a existé de fait entre les époux continuent d'exister. Les époux rentrent respectivement dans leurs biens comme si le mariage n'avait pas existé. Quant aux actes passés pendant la durée de l'union, il n'y a pas de principe général d'après lequel ils puissent être jugés, à cause de la diversité des circonstances dans lesquelles la nullité peut être prononcée; 2° quant aux *tiers*, ils ont les mêmes droits qu'ils auraient eus si le mariage n'avait pas été contracté; 3° quant aux *enfants*, ils ne sont pas légitimes. Mais l'annulation du mariage ne leur enlève pas le droit de prouver leur filiation paternelle ou maternelle par leur acte de naissance (art. 319). Le mariage a existé de fait, et le jugement ne peut pas détruire les conséquences naturelles et nécessaires de ce fait; il ne peut pas plus détruire les effets résultant de cet acte qu'il ne peut détruire l'existence même des enfants. Les enfants ont la position et les droits d'enfants naturels légalement reconnus. Si ce sont des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin, ils ne peuvent avoir droit qu'à des aliments (art. 762).

Les personnes dont le mariage a été annulé peuvent se remarier, pourvu que l'empêchement n'existe plus. La femme doit attendre dix mois si elle veut contracter un nouveau mariage, à moins qu'elle ne se marie avec le premier époux (arg., art. 228) (n° 303).

B. *Particulièrement du mariage putatif* (art. 201, 202).

1. CONDITIONS REQUISES.

365. Un mariage annulé produit néanmoins les effets civils d'un mariage régulier lorsqu'il a été contracté de *bonne foi* (art. 201). Ce mariage s'appelle *putatif*. Les époux ont été de bonne foi, lorsqu'ils ont ignoré le vice qui a entraîné la nullité

du mariage. Cette ignorance peut avoir pour cause une erreur de fait ou une erreur de droit. (Metz, 7 février 1854, J. P., 1854, t. I, p. 315; Paris, 9 févr. 1860, D., 1860, 2, 73.) Suivant quelques jurisconsultes, l'erreur de droit n'est pas excusable, parce que tout le monde est censé connaître la loi. Mais cette raison n'est qu'une présomption qui peut être combattue par la preuve contraire, et tout ce que l'on peut induire de cet argument, c'est que le juge qui, en fait, est appréciateur du point de savoir s'il y a eu erreur de la part des époux ou non, doit admettre plus difficilement la preuve de la bonne foi lorsqu'elle est fondée sur une erreur de droit. (Paris, 18 décembre 1837, J. P., 1838, t. I, p. 77.)

Quelques jurisconsultes enseignent que la *célébration solennelle* du mariage est une condition essentielle de l'existence du mariage putatif. Les uns donnent pour motif que l'on ne peut être de bonne foi aux yeux de la loi, qu'autant qu'on a fait publiquement ce qu'elle prescrit pour faire un acte légitime (Toullier, t. I, nº 657); les autres, parce que la disposition exceptionnelle des articles 201 et 202 ne s'applique qu'aux mariages annulables et non aux mariages inexistants (nº 346), par exemple, à l'union contractée simplement devant le curé ou devant une personne n'ayant pas le caractère d'officier de l'état civil. Ce qu'il y a de vrai dans cette opinion, c'est que l'on ne saurait considérer comme un mariage contracté de bonne foi une union qui n'a été précédée absolument d'*aucune célébration solennelle*. (Lyon, 28 mai 1869, D., 1870, 2, 71.) Mais, pour qu'il puisse y avoir bonne foi, il n'est pas nécessaire que la célébration soit tout à fait régulière et conforme à la loi. Ainsi, les époux peuvent être de bonne foi lorsque, soit par erreur de droit, soit par erreur de fait, ils ont célébré le mariage devant quelqu'un qui n'a aucune qualité pour le célébrer, par exemple, devant un faux officier de l'état civil ou seulement devant le curé, croyant cette formalité suffisante. (Paris, 18 décembre 1837; Bruxelles, 4 août 1852, B. J., t. 10, 1025; Aix, 11 mars 1858, D., 1871, 5, 260; Chambéry, 15 juin 1869, D., 1869, 2, 188.)

366. L'erreur doit-elle être excusable? C'est plutôt une question de fait que de droit. En principe, il suffit qu'il y ait eu erreur; la loi n'exige pas, pour attribuer à l'union les effets d'un mariage,

que l'erreur n'ait pu être évitée. La *seule* omission des formalités dont l'accomplissement aurait pu dissiper l'erreur ne suffit pas pour enlever la bonne foi.

Il suffit que la bonne foi ait existé lors de la célébration du mariage; *mala fides superveniens non nocet*. Le texte de l'article 201 le prouve, en disant : *lorsqu'il a été* CONTRACTÉ de bonne foi. Toutefois, il y a controverse. (Voy. *contrà*, Toullier, t. I, 656.)

2. EFFETS DU MARIAGE PUTATIF.

367. *a.* A l'égard des enfants. Le mariage putatif produit les effets civils à l'égard des enfants, lorsque les deux époux, ou l'un d'eux seulement, ont été de bonne foi (art. 201, 202). Ces effets ont lieu aussi à l'égard des enfants nés ou conçus après la cessation de la bonne foi, parce que *mala fides superveniens non nocet*. Il faut en dire autant (nº 366) des enfants nés ou conçus pendant le procès en nullité, mais non pas à l'égard de ceux conçus *après l'annulation* du mariage.

Le mariage putatif peut-il légitimer les enfants nés ou conçus antérieurement à la célébration du mariage? Il faut distinguer :

1° Si ce sont des enfants nés ou conçus d'un commerce *adultérin* ou *incestueux*, ils ne peuvent pas être légitimés, car ils ne pourraient pas même l'être par un mariage valable (art. 331). Il en serait encore ainsi, quand même les parents auraient ignoré que leur union était incestueuse ou adultérine. L'article 331 ne distingue pas. L'exception faite en faveur de la bonne foi relativement au *mariage* ne s'étend pas à la bonne foi qui a empêché les époux de connaître les vices dont leur union irrégulière était entachée.

2° Les enfants *naturels*, qui ne sont pas adultérins ou incestueux peuvent être légitimés par un mariage putatif : car la légitimation est un des *effets civils* du mariage (art. 331, 333). Pour l'opinion contraire, on s'appuie sur le texte de l'article 202. « *Les enfants issus du mariage* seuls, » dit-on, « peuvent jouir des effets civils du mariage, donc pas ceux nés antérieurement. » Mais cet article prévoit seulement le cas le plus ordinaire; l'article 201 pose le principe général, et la rédaction différente de

l'article 202 n'est pas une raison suffisante pour faire admettre que le législateur ait voulu restreindre ce principe. Souvent des personnes qui ont vécu en concubinage ne contractent mariage que pour légitimer leurs enfants. Refuser cet effet au mariage putatif, ce serait le priver d'un des principaux effets civils. (Laurent, t. II, n° 509.)

Les effets du mariage putatif consistent en ce que les enfants ont, tant à l'égard de leurs père et mère qu'à l'égard des parents de ceux-ci, et même des parents de celui des époux qui n'était pas de bonne foi, tous les droits d'enfants légitimes.

368. *b.* A l'égard des époux entre eux. Il faut distinguer :

1° Les *deux* époux ont été de bonne foi. Les effets sont *en tout* ceux d'un mariage valablement contracté, et les effets de l'annulation ne sont pas rétroactifs; c'est comme si la dissolution en avait eu lieu au jour du jugement (art. 201).

2° L'*un* des époux seulement a été de bonne foi. Le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux (art. 202). Il peut faire liquider ses droits matrimoniaux, soit d'après son contrat de mariage formel ou tacite, soit d'après les règles ordinaires des sociétés. Mais le choix d'une classe de ces règles exclut l'application des autres. L'époux de bonne foi conserve tous les avantages du contrat de mariage (Paris, 9 fév. 1860, *suprà*, n° 365); l'autre les perd, quand même il y aurait eu réciprocité dans la stipulation; il conserve ses droits sur la personne et les biens des enfants, l'autre en est déchu. Il en est de même du droit de succession dans les biens des enfants. Mais le droit réciproque de succession continue entre les enfants et les parents de l'époux de mauvaise foi.

L'époux même de mauvaise foi conserve les avantages faits dans le contrat de mariage par un tiers pour le cas où il y aurait des enfants (art. 1082). Ces donations sont faites aussi au profit des enfants. La femme qui a été de bonne foi continue, même après l'annulation du mariage, d'avoir le droit de porter le nom de son mari. (Jugement du tribunal civil de Bruxelles, du 21 mai 1856, B. J., t. 14, 1457.)

369. *c.* A l'égard des tiers, les effets sont les mêmes que dans le cas précédent. Ainsi la femme de bonne foi peut exciper du défaut d'autorisation de son mari et elle peut avoir hypothèque

légale sur ses biens. Le mari de bonne foi peut opposer aux créanciers de sa femme l'exception résultant de l'art. 1410.

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

I. INTRODUCTION. DES EFFETS DU MARIAGE EN GÉNÉRAL.

370. L'intitulé de ce chapitre est général, mais il n'y est traité que des obligations respectives entre les époux, d'une part, et les enfants, de l'autre, et spécialement de l'obligation de fournir des aliments.

Les effets du mariage sont : 1° la légitimité des enfants conçus pendant le mariage (art. 312); 2° la légitimation des enfants nés et reconnus avant le mariage (art. 331); 3° la puissance paternelle des époux sur leurs enfants (art. 371 et suiv.); 4° la tutelle légale (art. 390 et suiv.); 5° les droits de succession réciproque entre les époux (art. 767 et suiv.); 6° les obligations respectives entre les époux dont il sera question au chapitre VI (art. 212-226); 7° les obligations alimentaires dont il sera traité aux nos 372-378; 8° les effets relatifs aux biens qui font l'objet du titre V du IIIe livre, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*.

371. Par le fait seul du mariage, les époux contractent ensemble l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants (art. 203, 1409, n° 5, 1530, 1537, 1575). L'obligation de nourrir et d'élever les enfants est naturelle et civile. Ce n'est pas le mariage, mais la *procréation* qui en est la cause efficiente; elle existe aussi en faveur des enfants naturels, même des enfants adultérins et incestueux (art. 762). L'obligation de nourrir et d'entretenir les enfants peut durer pendant toute leur vie; celle de les élever ne dure que jusqu'à un certain âge. (Bruxelles, 6 déc. 1859, B. J., t. 20, 51; P., 1860, 412.)

Un des effets du mariage à l'égard des enfants est de restrein-

dre le droit des époux de faire des libéralités par acte entre-vifs ou par testament (art. 913 et suiv.).

Mais l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement (art. 204). Anciennement, dans les pays de droit écrit, le père était obligé, conformément au droit romain, de doter sa fille pour lui procurer un établissement; dans les pays de coutume, au contraire, on suivait la maxime : « *Ne dote qui ne veut.* » Le code a adopté le principe du droit coutumier, parce qu'il régissait autrefois la majorité des Français; que, dans le droit nouveau, les attributs de la puissance paternelle qui permettaient de corriger les inconvénients de la règle du droit écrit ont été restreints; enfin, parce qu'on n'a pas voulu exposer le père à la nécessité de dévoiler l'état de sa fortune à l'effet de faire fixer le montant de la dot de sa fille. (Locré, IV, p. 519, 539-541.)

II. DES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES (art. 205-211).

A. *Des personnes qui se doivent des aliments.*

372. 1° Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin; les ascendants doivent des aliments à leurs descendants qui sont dans le besoin (art. 205, 207). Cette obligation existe à tous les degrés.

2° Les gendres et belles-filles doivent, dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère. Il faut étendre cette obligation à l'égard des autres ascendants par alliance d'un degré supérieur.

Les enfants d'un premier lit ne doivent pas des aliments au second époux de leur père ou mère (au *parâtre* ou à la *marâtre*).

373. Les personnes que la loi oblige à fournir des aliments ne sont pas toutes tenues simultanément et concurremment. La loi ne détermine pas l'ordre dans lequel elles sont tenues. Par analogie, il faut autant que possible adopter l'ordre des successions : *ubi est successionis emolumentum, ibi et onus alimentorum esse debet*; et pour les alliés, bien qu'ils ne succèdent pas, il faut admettre la même analogie. Si la personne appelée en premier ordre à remplir l'obligation alimentaire est hors d'état d'y satis-

faire, ou s'il était trop difficile de la poursuivre ou de discuter ses biens, il faudrait appeler l'ordre suivant. Ainsi, l'obligation alimentaire doit être exécutée dans l'ordre suivant :

1° Par les enfants; 2° par les descendants du degré suivant. Toutefois, il faut classer au même rang, à cause de l'ordre des successions, les descendants qui viennent par représentation de leur parent décédé (controversé); 3° par le père; 4° par les ascendants dans l'ordre de la proximité du degré; 5° par le gendre ou la belle-fille; 6° par les conjoints des autres descendants dans l'ordre de la proximité du degré; 7° par le beau-père et la belle-mère; 8° par le père et les autres ascendants du beau-père suivant la proximité du degré.

374. L'obligation de fournir des aliments passe-t-elle aux héritiers ou aux autres successeurs à titre universel? Question très-controversée. Voici les principales opinions qui ont été émises :

1° L'obligation alimentaire passe toujours aux héritiers. Par exemple : A est dans le besoin; il a un petit-fils qui meurt après avoir institué X son légataire universel. X est étranger à la famille. Néanmoins il est tenu de l'obligation alimentaire comme son auteur l'était lui-même. Cette obligation grève la succession du petit-fils de A.

2° Il faut distinguer : Si A était dans le besoin *déjà avant* la mort de son petit-fils, il peut réclamer des aliments contre X; il ne le peut pas si le besoin n'a pris naissance qu'après la mort du petit-fils. Quelques partisans de cette opinion exigent, de plus, pour la transmissibilité, que la pension alimentaire *ait été fixée du vivant du petit-fils* par un jugement ou par une convention.

3° L'obligation alimentaire *ne se transmet pas* aux héritiers.

Les auteurs et la jurisprudence se divisent entre les deux premières opinions; mais la troisième, bien qu'elle trouve peu de partisans, est juste. Car la *cause* de l'obligation alimentaire n'est ni une convention, ni un délit, mais l'existence d'un fait auquel la loi attache cet effet. Elle est due *ex officio pietatis* (fr. 5, § 17, D. *De liberis agnoscendis*, 25, 3). Ce fait, c'est le lien de parenté. Ce lien venant à se rompre, l'obligation alimentaire à laquelle il servait de fondement tombe aussi (arg., art. 206, 301). De plus, l'objet de la dette alimentaire ne se détermine que d'après les

conditions purement individuelles du débiteur et du créancier. Pour pouvoir le déterminer, la loi suppose la continuité de ces deux existences (art. 208, 209). L'opinion contraire conduit à des difficultés insolubles. Ainsi, si après la transmission de la succession le besoin du créancier des aliments a cessé, le débiteur peut être déchargé de son obligation (art. 209). Si le créancier retombe dans le besoin, pourra-t-il de nouveau réclamer des aliments? Et, en cas d'affirmative, quelle sera alors la base de la fixation des aliments? Sera-ce l'importance de la succession ou la fortune personnelle de l'héritier? Enfin, il résulterait de cette transmission une obligation alimentaire entre frères et sœurs, que la loi n'admet pas. L'obligation alimentaire n'est pas même transmissible dans le cas où les aliments sont dus en exécution d'un jugement passé en force de chose jugée. (Cass. fr., 8 juillet 1857, D. P., 1857, 1, 351; Demolombe, t. IV, 40.)

Il est évident que les arrérages échus sont dus par les héritiers du débiteur des aliments.

B. *De la nature et de l'étendue de la dette alimentaire.*

375. L'objet de la dette alimentaire est tout à fait indéterminé; il doit être fixé d'après le besoin de celui qui la réclame et la fortune de celui qui la doit (art. 208).

En **Belgique**, d'après l'article 12 de la loi du 8 mai 1850 sur la caisse générale de retraite, les rentes dues par cette caisse sont incessibles et insaisissables. Mais dans les cas de dette d'aliments, prévus par les articles 203, 205 et 214 du code civil, elles peuvent être saisies jusqu'à concurrence d'un tiers, si les rentes accumulées dépassent la somme de 360 francs, et sans que la partie réservée et insaisissable puisse être inférieure à 360 francs.

La loi du 6 mars 1866, sur la mendicité et le vagabondage (art. 13), subroge la commune qui a payé les frais d'entretien d'un reclus renfermé dans un dépôt de mendicité, dans une école de réforme ou dans une maison pénitentiaire, dans les droits qu'aurait eus le reclus, à l'époque de sa détention, contre ses père et mère, en vertu des articles 203 et 208 du code.

Les pensions militaires sont incessibles et insaisissables,

excepté au cas de débit envers l'État ou dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 214 du code civil. Pour cause d'aliments, les pensions sont passibles de retenue jusqu'à concurrence du tiers. (Loi du 24 mai 1838, art. 25.) Ce droit de saisie est personnel et inaliénable en faveur des personnes mentionnées dans l'article 25, et le tiers qui a fourni des aliments à une de ces personnes ne peut pas s'en prévaloir. (Brux., trib. civ., 4 nov. 1865, B. J., t. 23, 1579.)

En **France**, la pension ou solde de retraite de tout militaire, qui ne remplit pas ses obligations alimentaires à l'égard de sa femme ou de ses enfants, peut être saisie jusqu'à concurrence du tiers, et la pension de réforme accordée après vingt ans de service, jusqu'à concurrence du cinquième. (Avis du cons. d'État du 11 janvier 1808; Loi du 19 mai 1834, sur l'état des officiers, art. 20)

L'objet de la dette alimentaire est variable suivant la position et les besoins du créancier et les moyens du débiteur (art. 209). Les aliments doivent, en règle générale, être fournis en argent. Toutefois, si la personne qui doit les aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal peut, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle doit les aliments (art. 210). Si c'est le père ou la mère qui doit des aliments à son enfant, le tribunal peut ordonner ce mode d'exécution de l'obligation, alors même que le père ou la mère ne serait pas dans l'impossibilité de payer une pension (art. 211).

376. L'obligation alimentaire est-elle solidaire ou est-elle indivisible entre les différentes personnes qui la doivent? Question très-controversée.

L'obligation alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible. (Zachariæ, § 552, note 14; Bruxelles, 10 août 1852, B. J., t. 11, 18; J. P. B., 1852, p. 308 et la note; P. 1853, 30; Gand, 26 mars 1874, P., 1874, 260 et la note.) Elle n'est *pas solidaire*, car la *solidarité* ne se présume pas; il faut qu'elle soit expressément *stipulée* ou ordonnée par la loi (art. 1202). Aucune loi ne la déclare solidaire. Elle n'est pas *indivisible*, parce que l'objet de la prestation est divisible sous tous les rapports (art. 1217) (Laurent, t. III, n°s 66-68.) On peut diviser la chose qui est due; on peut

diviser la prestation par périodes. Quelques auteurs admettent l'indivisibilité de la dette et la divisibilité de la condamnation (art. 1221, n° 5, 1225). Mais, en admettant cette opinion, on se demande : Comment la division se fera-t-elle? Quelle sera la part de chacun? On ne peut pas la diviser simplement par le nombre des débiteurs obligés; car la part incombant à chacun peut n'être pas la même, les fortunes des débiteurs pouvant être différentes (art. 208). Il peut même arriver qu'une des personnes *obligées* à l'alimentation, en *thèse générale* (*in thesi*), n'y soit pas obligée dans l'espèce particulière (*in hypothesi*), par exemple, si elle est encore plus pauvre que le créancier des aliments. Aussi, les auteurs qui admettent soit la solidarité, soit l'indivisibilité de l'obligation alimentaire n'admettent-ils pas toutes les conséquences de l'un ou de l'autre principe. Le principal argument qu'on invoque pour l'indivisibilité, c'est que l'on ne peut pas vivre ou être alimenté *en partie,* et que refuser des aliments ou ne les fournir qu'en partie, c'est la même chose. Dumoulin a déjà réfuté cet argument, en disant : « *Quamvis quis pro parte vivere non possit, tamen alimenta dividua sunt, id est : res quibus alimur, pro parte sive ab uno, sive a pluribus præstari possunt, ut natura et experientia docent.* » (Extric. labyr., t. II, n° 238.)

Il ne faut pas, comme on le fait souvent, considérer la dette alimentaire comme *une même* obligation due par *plusieurs personnes* à une ou plusieurs autres. L'obligation d'aliments a un objet tout à fait *indéterminé;* mais la loi indique les *éléments* d'après lesquels cet objet peut et doit être déterminé. *Un* des éléments qui servent à déterminer l'objet de la dette, c'est la *pluralité* des personnes qui y sont tenues. C'est pourquoi l'assigné peut mettre les autres débiteurs en cause. Mais la dette de tous *n'est pas la même;* elle n'a pas *le même objet* pour tous les débiteurs. Chacun des débiteurs est grevé d'une dette *particulière;* les éléments d'après lesquels l'objet de la dette doit être déterminé peuvent donner un tout autre résultat pour l'un que pour l'autre. Chacun ne doit donc pas une partie *de la même dette*, mais chacun doit une *dette séparée* que ne doivent pas les autres. Ce qui le prouve, c'est que la dette de chacun peut varier, si les autres ne payent pas la leur ou ne peuvent pas la payer. Dans ce cas, la dette des uns n'augmente pas de toute la somme que les autres ne payent

plus; mais, si les aliments sont devenus insuffisants, la dette de ceux qui continuent de payer doit de nouveau être déterminée d'après les éléments individuels indiqués par la loi.

La question de divisibilité ne peut pas naître. Car, entre le créancier et le débiteur, la dette est toujours indivisible (article 1220), et la dette d'aliments ne se transmet pas aux héritiers (n° 374). Si les héritiers y sont tenus de *leur propre chef*, par exemple, les petits-fils à la place de leur père, ils ne doivent pas ensemble *la part* que *payait leur père*, mais chacun d'eux contracte une nouvelle dette d'aliments dans la proportion de *sa propre fortune* et non pas de celle de *son père*. Ainsi, la pension à payer par l'un des petits-enfants seuls peut être plus considérable que celle que payait son père et, par conséquent, que devraient payer tous les héritiers, s'ils y étaient tenus en cette qualité.

377. Lorsque plusieurs personnes sont tenues conjointement de la dette d'aliments, d'après quelle règle faut-il fixer la somme pour laquelle chacune doit contribuer? Suivant quelques auteurs, on doit d'abord fixer la somme que chacun devrait payer s'il était *seul;* puis diviser chacune de ces sommes par le chiffre représentant le nombre des personnes obligées, et chacun doit payer le résultat de cette division. Cette manière de procéder est erronée et peut conduire à des résultats iniques. Car il peut en résulter que lorsque quelqu'un a plusieurs débiteurs d'aliments, il reçoit moins que s'il n'en avait qu'un. Par exemple : Pierre est dans le besoin. Il a trois fils. A est riche, il peut donner à son père 3,000 francs; B est peu dans l'aisance, il peut donner 600 francs; C est pauvre lui-même, il ne peut donner que 150 francs. D'après le calcul qui précède, si A était seul, il devrait 3,000 francs. A présent on divise chacune de ces sommes par le nombre des débiteurs. Pierre aura donc, de A 1,000 francs, de B 200 francs, et de C 50 francs; en tout 1,250 francs. Cette manière de voir est une conséquence de l'opinion qui considère l'obligation alimentaire comme une seule et même dette pour tous.

Il est plus rationnel de suivre cette règle-ci : Le créancier des aliments doit recevoir la somme intégrale que pourrait et que devrait payer celui des débiteurs qui peut payer le plus s'il était seul. Si cette somme est suffisante, chacun des débiteurs doit y contribuer dans la proportion de ses moyens (art. 208). Ce que

peuvent payer ceux dont les moyens sont plus faibles vient alors diminuer la charge de celui qui peut payer le plus. Si cette somme seule n'est pas suffisante, les différentes pensions, fixées d'après la fortune de chacun des débiteurs, doivent être réunies.

C. *Quand cesse l'obligation alimentaire.*

378. Cette obligation cesse :

1° Quand le besoin du créancier a cessé, donc aussi par sa mort (art. 205, 209).

2° Par l'impossibilité du débiteur de fournir les aliments (art. 209).

Une offense grave des enfants envers leurs ascendants (père, mère ou autre) ne les prive pas du droit aux aliments. (Liége, 11 juin 1861, B. J., t. 24, 126.) L'enfant existe; il faut qu'il soit nourri. *Necare videtur qui alimenta detrahit.* L'enfant qui se trouve dans un des cas prévus par l'article 727 est indigne de succéder. Mais on ne lui enlève pas les aliments. Toutefois les aliments peuvent se réduire à des secours temporaires, si l'enfant est majeur et que ses père et mère lui aient donné une éducation suffisante pour l'exercice d'une profession utile. (Brux., 17 avril 1867, B. J., t. 26, 1477 et la note; P., 1868, 145.)

3° L'obligation des gendres et belles-filles de fournir des aliments à leurs beau-père et belle-mère, cesse : *a.* lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces, parce qu'alors elle est entrée dans une nouvelle famille, et que son nouveau mari est chargé de lui fournir des aliments (art. 212). Mais la belle-mère reste obligée de fournir des aliments à son gendre et à sa belle-fille nonobstant l'article 207 qui proclame la réciprocité des dispositions relatives aux aliments. Car le second mariage, qui fait perdre à la belle-mère un droit, ne la décharge pas de son *obligation*; *b.* lorsque celui des époux qui produisait l'affinité, et les enfants issus de son union avec l'autre époux, sont décédés (art. 206).

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX. (ART. 212-226.)

I. DES DROITS ET DES DEVOIRS DES ÉPOUX EN GÉNÉRAL (ART. 212-214).

379. Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance (art. 212). La sanction de l'obligation de *fidélité* se trouve aux articles 229, 230, 306 du code civil et 336-339 du code pénal. (C. pén. b., art. 387-390.) L'adultère est puni de peines correctionnelles et peut donner lieu à la demande en divorce ou en séparation de corps. Toutefois, l'obligation de fidélité est plus rigoureuse pour la femme que pour le mari. (Voy. *infrà*, tit. VI, *Du divorce*.)

En vertu de l'obligation de se prêter secours et assistance, la femme, séparée de biens, peut être tenue à contribuer aux charges du mariage et notamment à l'entretien du mari, pour une somme plus forte que celle stipulée au contrat de mariage ou le tiers de ses revenus (art. 1537, 1575), dans le cas où les moyens du mari sont insuffisants.

« Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » (art. 213).

380. La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art. 214). (Voy. sur la saisie des rentes dues par la caisse de retraite et des pensions militaires n° 375.) Cette disposition est une conséquence de la règle de l'article 213. Si le mari veut s'établir dans un pays étranger, la femme doit le suivre, excepté si l'émigration est défendue. Car le mari ne peut pas exiger de sa femme une illégalité, ni une immoralité. (Locré, IV, 396.)

L'obligation de la femme d'habiter avec le mari et de le suivre souffre exception : 1° si le mari n'a pas de demeure; s'il est vagabond; 2° si son domicile n'est pas décent et convenable, eu égard

à la position sociale des époux; 3° s'il s'y passe des choses indécentes, à cause de la profession ou de la conduite du mari; 4° si le mari fait subir de mauvais traitements à sa femme (Anvers, trib. civ.. 7 mars 1873, B. J., t. 33, 460); 5° s'il ne fournit pas à sa femme ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie (Cass. fr., 2 janv. 1877, D., 1877, 1, 162); 6° lorsqu'il y a impossibilité résultant de maladies graves. (Brux., 10 juill. 1865, B. J., t. 23, 1105 et la note.)

Le mari est tenu de payer les dettes que sa femme a faites pour satisfaire à ses besoins, pendant la séparation momentanée, causée par sa faute. Si ces causes ont cessé, la femme ne peut plus refuser de rentrer au domicile conjugal.

381. Quelle est la sanction du précepte de l'article 214? Par quels moyens chacun des époux peut-il obtenir contre son conjoint l'exécution des obligations qu'il lui impose? La loi et les discussions n'en disent rien. « Toutes les difficultés doivent être abandonnées aux mœurs et aux circonstances, » disait Boulay au conseil d'État. (Locré, IV, p. 396.) Une sanction serait, de la part du mari, en cas d'abandon de la femme, et de la part de la femme, en cas de refus du mari de la recevoir, le droit de demander le divorce ou la séparation de corps pour cause d'injure grave. (Voy. *infrà*, titre VI.)

Il faut distinguer :

A. La femme a quitté le domicile conjugal et elle ne veut pas y rentrer. Les auteurs et la jurisprudence indiquent plusieurs moyens de contrainte, dont chacun a trouvé des partisans et des adversaires.

1° Déclarer la femme déchue de sa dot ou de sa part dans la communauté et des avantages du contrat de mariage. Ce moyen est illégal.

2° Le mari peut dévaster et dilapider les biens de sa femme; si elle veut demander la séparation de biens, elle doit être repoussée par une fin de non-recevoir, tant qu'elle ne rentre pas au domicile. Rien n'autorise cette fin de non-recevoir.

3° Le mari peut refuser des aliments à sa femme. Ce moyen est légal, mais inefficace, si la femme peut elle-même pourvoir à ses besoins.

4° Autoriser le mari à saisir les revenus des biens dont sa

femme a la jouissance, et les tenir *sous séquestre* jusqu'à ce qu'elle rentre au domicile. Ce moyen n'est pas fondé sur la loi.

5° Même moyen, avec appropriation des revenus au profit du mari, ou bien avec condamnation à des dommages-intérêts à son profit et exécution sur tous les biens de la femme; ou bien, condamnation à des dommages-intérêts à payer pour chaque jour de retard (arg., art. 1142). (Brux., 31 déc. 1877, B. J., t. 36, 601.) Ce moyen est légal, mais il faut que le mari justifie du dommage. (*Contrà :* Anvers, trib. civ., 19 fév. 1853, B. J., t. 11, 471.)

6° L'emploi de la force publique pour réintégrer la femme *manu militari* dans la maison conjugale. (Bastia, 21 mai 1856, D., 1857, 2, 14; Nîmes, 20 févr. et 11 juill. 1862; Pau, 11 mars 1863, D., 1863, 2, 193 et la note.) Ce moyen doit être rejeté comme attentatoire à la liberté individuelle et comme *inefficace*. Car, la femme réintégrée peut sortir immédiatement après, et le mari n'a pas le droit de la retenir de force. Ce serait une détention arbitraire. (C. pén., art. 341-344; C. pén. b., art. 434-438; cour prov. de la Gueldre, 6 juin 1849; cour prov. de la Hollande mérid., 16 janvier 1850, B. J., t. 8, 332, 700; Laurent, t. III, n° 93.)

B. Le mari refuse de recevoir sa femme. Il ne peut pas être contraint à la rejoindre. Mais la femme peut être autorisée par la justice à recourir à la force publique pour se procurer l'entrée dans le domicile conjugal. Ici la contrainte est exercée contre la chose et non contre la personne. Le mari peut être condamné à fournir une pension alimentaire à la femme qu'il refuse de recevoir chez lui.

II. SPÉCIALEMENT DE L'AUTORISATION MARITALE (art. 215-226).

A. *Nature de cette autorisation. Dans quels cas elle est nécessaire.*

382. D'après le droit coutumier, la femme était placée sous la puissance du mari, quelles que fussent les stipulations du contrat de mariage; elle ne pouvait contracter aucun engagement, ni consentir aucune aliénation ni hypothèque sans l'autorisation de son mari; si elle était séparée de biens, elle avait seulement l'administration de ses biens et la jouissance de ses revenus. Le

droit écrit permettait à la femme d'avoir des biens distincts de la dot (des *paraphernaux*), qui étaient hors de la dépendance du mari, et relativement auxquels elle pouvait seule et de son chef faire toute espèce de dispositions.

Le code civil a suivi le droit coutumier. La femme est placée sous la puissance du mari. La nécessité de l'autorisation maritale est une conséquence de la puissance maritale; elle la conserve et la maintient, et elle a en même temps pour but de conserver le patrimoine de la femme.

383. 1° La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens (art 215). Si un procès a été commencé contre elle avant son mariage, la femme, après le mariage, doit être autorisée à le continuer. Celui qui veut intenter un procès à une femme mariée doit aussi assigner le mari. (C. civ., art. 818, alinéa 2.)

Toutefois, l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police (art. 216). « Alors, l'autorité du mari disparaît devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle dispense la femme de toute formalité. » (Disc. de Portalis, n° 64; Locré, IV, 523.) Il faut également appliquer cette disposition à la poursuite de la personne lésée qui se constitue partie civile devant le tribunal de répression. Mais l'autorisation est nécessaire lorsque la femme est poursuivie par la partie lésée, soit en dommages-intérêts devant le tribunal civil, soit par citation directe devant le tribunal correctionnel.

2° La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, ni passer en général aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari (art. 217, 219). (Observat. du Tribunat, n° 24; Locré, IV, 458.) Elle ne peut pas accepter une succession (art. 776), ni une donation, quand même la donation ne contiendrait aucune clause onéreuse, parce que la bienséance ne permet pas que la femme reçoive une libéralité à l'insu de son mari (*ne turpem quæstum faciat*) (art. 934).

3° La femme, même séparée de corps, ne peut pas se faire naturaliser en pays étranger sans autorisation de son mari. Sem-

blable naturalisation ne peut pas être opposée au mari. (Paris, 17 juillet 1876, D., 1878, 2, 1 et la note.)

384. La nécessité de l'autorisation maritale est la règle; les cas où elle n'est pas nécessaire sont des exceptions.

Elle n'est pas nécessaire :

1° Pour disposer par testament (art. 226, 905, alinéa 2). Cette disposition ne peut plus blesser la puissance maritale;

2° Pour révoquer une donation faite à son mari pendant le mariage (art. 1096, alinéa 2);

3° Pour intenter une demande en divorce, en séparation de corps ou en séparation de biens. Dans ces cas, le président du tribunal donne l'autorisation (C. de procéd., art. 865, 875 et suiv.);

4° Pour prendre des mesures purement conservatoires de ses droits; par exemple, une inscription hypothécaire (L. belge du 16 décembre 1851, art. 66); faire transcrire l'acte de mariage contracté en pays étranger (art. 171, n° 326);

5° Sans autorisation la femme contracte toutes les obligations dont la validité ne dépend pas de la capacité personnelle du contractant; par exemple, celles qui résultent de l'autorité seule de la loi (art. 1370). Ainsi la femme peut être obligée par un tiers qui a géré ses affaires (*negotiorum gestor*) (art. 1372-1375); par une *in rem versio,* ou par un délit ou quasi-délit ;

6° La femme séparée de biens ou qui s'est réservé la jouissance et l'administration d'une partie de ses biens peut valablement faire tous les actes d'administration et s'obliger dans ces limites sans autorisation de son mari.

Les cas où la femme contracte en vertu d'un mandat tacite du mari, par exemple, pour les besoins du ménage, et où elle contracte comme marchande publique, ne sont pas des exceptions à la règle qui exige l'autorisation.

B. *De l'autorisation de la justice.*

385. Le mari est maître d'accorder ou de refuser l'autorisation. Mais sa puissance n'est pas illimitée; la femme peut réclamer contre son refus d'autorisation en s'adressant à la justice. Le tribunal peut autoriser la femme à ester en jugement, ou à con-

tracter, si le mari ne *veut* pas ou s'il ne *peut* pas donner son consentement (art. 218, 219).

Le mari est dans l'impossibilité de donner son consentement : 1° s'il est absent, c'est-à-dire simplement *non présent*, quand même il n'y aurait aucune incertitude sur son existence. (C. civ., art. 222; Cass. B., 8 févr. 1862, P., 1862, 162.) Lorsque, après la séparation de corps, le mari a transféré son domicile en pays étranger, le juge compétent pour accorder à la femme l'autorisation dont elle a besoin, est celui du domicile des époux au jour où la séparation a été prononcée (Brux., 8 janv. 1877, P., 1877, 276; C. de proc., art. 863); 2° s'il est interdit (art. 222; C. de proc., art. 864); 3° s'il est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, ou, en Belgique, une peine criminelle, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace (art. 221), mais seulement pendant la durée de la peine; 4° si le mari est mineur (art. 224). Toutefois, il faut admettre que le mineur peut autoriser sa femme à passer les actes que le mineur émancipé est capable de faire, le mari étant émancipé par le mariage (art. 476); 5° celui qui est placé sous un conseil judiciaire ne peut autoriser sa femme à passer des actes que lui-même ne pourrait pas passer sans l'assistance de son conseil. Pour ces actes, la femme doit être autorisée par le tribunal et non par son mari ni par le conseil du mari (arg., art. 222). (Demol., t. IV, n° 226.)

386. On s'est demandé si, dans certains cas, l'autorisation ne doit pas être donnée par la justice, à l'*exclusion du mari*, à raison de sa position particulière vis-à-vis de la femme.

Il faut se prononcer pour la négative. Car l'autorisation maritale n'est pas seulement requise en considération des intérêts individuels de la femme, mais aussi et surtout dans l'intérêt de la puissance maritale. Suivant quelques auteurs, la femme ne peut pas être autorisée par son mari à contracter avec lui-même, par exemple, à passer une vente (art. 1595), ou à accepter un mandat qu'il confie à sa femme. Mais on répond, avec raison, que la femme ne court pas moins de danger lorsqu'elle traite avec un tiers dans l'intérêt de son mari, que lorsqu'elle contracte avec lui personnellement.

387. La femme qui veut se faire autoriser à ester en jugement ou à passer un acte doit d'abord faire une sommation à son

mari, et, sur son refus, présenter requête au président du tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile conjugal. Le président rend une ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué, à la chambre du conseil du tribunal, pour déduire les causes de son refus. Le mari entendu, ou faute par lui de se présenter, le tribunal, sur les conclusions du ministère public, donne ou refuse l'autorisation. (C. de proc., art. 861, 862, qui ont modifié l'art. 219 du code civil.)

Si la femme et son mari avec elle étaient assignés devant un autre tribunal compétent que le tribunal du domicile commun, par exemple, devant celui de la situation des biens, ce tribunal serait également compétent pour autoriser la femme à ester en justice.

L'autorisation peut être donnée à la femme séparée de corps par le tribunal de son propre domicile, lorsqu'elle s'est choisi un domicile autre que celui de son mari (n° 195, 5°).

C. *Comment l'autorisation maritale doit être donnée.*

388. 1° L'autorisation doit être *spéciale* pour chaque acte juridique que la femme veut faire et pour chaque procès qu'elle veut soutenir. Elle ne peut pas même être générale pour faire une catégorie déterminée d'actes; par exemple, certaines ventes ou certains achats (art. 217, 219, 223, 1538). Ainsi, l'autoriser de cautionner tous les effets que le mari souscrirait au profit d'un tiers est nulle à cause de sa généralité et contraire à l'article 223. (Brux., 9 mars 1868, 15 fév. 1875, P., 1868, 416; 1875, 131; Gand, 12 juill. 1877, B. J., t. 36, 250.) On ne peut pas déroger à cette règle par une stipulation au contrat de mariage (art. 223, 1388). Une autorisation générale stipulée par contrat de mariage ne peut avoir d'autre effet que d'habiliter la femme à faire des actes d'*administration* relativement à ses biens (art. 223). Une autorisation plus étendue anéantirait la puissance maritale, puisque, stipulée par contrat de mariage, elle serait irrévocable (art. 1395). Par le même motif, le mari ne peut pas donner à sa femme, par contrat de mariage, mandat d'administrer la communauté.

La règle que l'autorisation doit être spéciale souffre une excep-

tion pour la femme marchande publique. L'autorisation de *faire un commerce* doit être *spéciale;* mais elle ne doit pas l'être pour chacune des opérations dont ce commerce se compose (art. 220; C. de comm., art. 4, 5, alinéa 2).

Le mari peut révoquer l'autorisation donnée à la femme de faire un commerce, mais il a été reconnu, dans les discussions sur le code de commerce que les tribunaux peuvent empêcher une révocation faite à contre-temps. La femme, autorisée par son mari à faire le commerce, peut s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce, mais elle ne peut pas s'obliger pour d'autres affaires. Si la femme a contracté des obligations, ou constitué des hypothèques, sans que l'acte indique la destination des deniers reçus, il faut présumer que la femme a fait l'opération dans l'intérêt de son négoce (C. de comm., art. 632, alinéa 7; 638, alinéa 2), sauf à faire la preuve contraire par celui qui y est intéressé.

La femme qui ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari n'est pas réputée marchande publique, et ne s'oblige pas personnellement (art. 220, alinéa 2).

389. 2° Aucune forme solennelle n'est exigée pour l'expression de l'autorisation. L'autorisation peut être *expresse* ou *tacite,* même l'autorisation de faire le commerce. (Brux., 5 juin 1860, B. J., t. 18, 1021.)

L'autorisation expresse peut être *verbale* ou *écrite.* L'article 217, en disant que la femme ne peut contracter « *sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit* », a pour but, non de défendre le consentement *verbal,* mais d'admettre le consentement *tacite* que la plupart des anciennes coutumes n'admettaient pas. L'autorisation écrite peut être donnée par acte sous seing privé ou par acte authentique, elle doit précéder ou accompagner l'obligation. (Brux., 15 févr. 1875, P., 1875, 131.) Ce point est controversé. Le plus sûr c'est de donner l'autorisation avant l'acte. (Liége, 8 mars 1871, P., 1871, 221.)

L'autorisation est tacite toutes les fois que le mari a prêté son *concours à l'acte* passé par sa femme (art. 217). Sa simple présence ne constitue pas un concours. Pour qu'il y ait concours, il faut que le mari ait été *partie* dans l'acte (art. 1450), par exemple, qu'il se soit solidairement engagé avec sa femme.

Le concours dans l'acte n'est pas le seul fait dont puisse résul-

ter l'autorisation tacite. D'autres faits, dont l'appréciation appartient au magistrat peuvent l'établir. Ainsi, par exemple, le mari a tiré une lettre de change sur sa femme; implicitement il l'a autorisée à l'accepter et à la payer. Le mari intente une action à sa femme, il l'autorise, par cela même, à plaider contre lui.

Il n'est pas nécessaire que la femme qui a été autorisée déclare qu'elle agit en vertu de l'autorisation. Le mari ne doit pas nécessairement intervenir dans l'acte fait par la femme. Il peut donner son autorisation par un acte antérieur; mais il peut la révoquer, tant que l'engagement pour lequel il l'a donnée n'est pas conclu.

D. *Des effets de l'autorisation.*

390. L'autorisation donnée par le mari ou par la justice a pour effet de rendre la femme *personnellement capable* de s'obliger. La femme ne peut plus attaquer pour cause d'incapacité l'acte qu'elle a passé avec l'une ou l'autre autorisation, quand même il serait contraire à ses intérêts.

En principe général, le mari ne devient pas *personnellement* obligé par la seule autorisation que lui ou la justice ont accordée à la femme de contracter ou d'ester en jugement (*qui auctor est, non se obligat*). Mais l'autorisation *peut,* dans certains cas, obliger le mari. Il faut distinguer :

1° L'autorisation accordée par la justice, au refus du mari, ou s'il était dans l'impossibilité de la donner (n° 385), ne peut pas être opposée au mari; elle ne l'oblige pas et ne peut porter aucune atteinte aux droits qu'il a sur les biens de sa femme. Ainsi la dette contractée par suite de cette autorisation ne peut pas être exécutée sur les biens de la femme, dont le mari a la jouissance, mais seulement sur la nue propriété de ses biens (art. 1426, 1417, 1555).

L'article 1427 contient deux exceptions à cette règle. (Voy. au titre *du Contrat de mariage.*)

2° L'autorisation donnée par le mari lui-même, en principe, ne l'oblige pas personnellement. Exceptionnellement elle l'oblige lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle. Alors la dette devient une dette de la

communauté, et le mari est *personnellement* tenu de toutes les dettes de la communauté (art. 1419, 220, 1409, n° 2). (Voy. au titre *du Contrat de mariage.*)

E. *Des effets des actes de la femme posés sans autorisation.*

391. 1° Des conventions et autres actes juridiques. Ces actes sont nuls. La nullité est seulement de droit privé, non d'ordre public. (Cass B., 5 déc. 1872, P., 1873, 12.) Elle n'est que relative et ne peut être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers ou ayants cause (art. 225, 1125, alinéa 2). (Gand, 6 août 1862, P., 1863, 54.) Elle ne peut pas être opposée par celui qui a contracté avec la femme, ni par la caution (art. 2012, alinéa 2; art. 2036, alinéa 2), ni par le tiers détenteur d'un immeuble qu'elle a hypothéqué sans autorisation.

La nullité peut être couverte :

a. Par la confirmation soit du mari, soit de la femme (art. 1338). Elle est couverte d'une manière absolue et à l'égard de tout le monde par la confirmation du *mari* donnée même sans le concours de la femme, pourvu qu'elle ait eu lieu *pendant* le mariage. Car, après la dissolution du mariage, la puissance maritale cesse. Cette proposition est controversée, et il a été jugé plusieurs fois que la confirmation de la femme est nécessaire pour rendre l'obligation valable. Cette opinion s'appuie d'abord sur ce que le mari ne pourrait pas enlever à la femme une action en nullité que la loi lui ouvre; et puis, sur la suppression d'un second alinéa de l'article 217, conçu en ces termes : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. »

Le premier argument repose sur les prémises, que l'autorisation est nécessaire uniquement dans l'intérêt de la femme, ce qui n'est pas. Le défaut d'autorisation est une atteinte portée à la puissance maritale, laquelle peut aussi seule réparer ce vice. Le second argument pourrait avoir quelque portée, si la suppression avait été le résultat d'un changement de principe, adopté après discussion. Mais on ne trouve nulle part les motifs de ce changement. Il a eu lieu par suite d'un renvoi à la section de législation pour changer la rédaction. (Locré, IV, 394, 397, 434, 448.)

La confirmation du mari doit avoir lieu avant toute action en nullité régulièrement introduite par la femme.

La femme ne peut confirmer l'acte pendant le mariage qu'avec l'autorisation de son mari. La simple autorisation de la justice n'enlèverait pas au mari le droit de demander la nullité.

b. Par la prescription de dix ans, à partir du jour de la dissolution du mariage, ou contre le mari par le silence de dix ans pendant le mariage (art. 1304, alinéa 1, 2).

392. 2° Des jugements. Celui contre lequel la femme non autorisée à ester en justice a obtenu un jugement ne peut pas l'attaquer par le motif tiré du défaut d'autorisation (art. 1125, alinéa 2). Le mari, la femme et leurs ayants cause peuvent attaquer le jugement rendu *contre* la femme non autorisée, par les moyens ordinaires de l'appel, de la cassation ou de la tierce opposition. (C. de proc., art. 474-479.) Si les délais pour attaquer le jugement par les voies ordinaires sont passés, il ne peut plus être attaqué, ni par le mari, ni par la femme, ni par leurs ayants cause. Le jugement a acquis la force de la chose jugée.

393. Qui doit prouver que l'autorisation a été donnée?

C'est à celui qui veut fonder des droits sur un acte passé par une femme mariée, à prouver qu'elle a été autorisée à passer cet acte (art. 1315). Car, en principe, la femme mariée est frappée d'incapacité; l'existence seule de l'acte ne prouve donc pas l'existence de l'obligation résultant de cet acte, si la capacité de le contracter n'est pas en même temps prouvée.

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

394. Le mariage se dissout : 1° par la mort de l'un des époux; 2° par le divorce légalement prononcé (art. 227).

CHAPITRE VIII.

DES SECONDS MARIAGES.

Voy. *suprà*, n° 303.

TITRE VI.

DU DIVORCE.

NOTION. — INTRODUCTION HISTORIQUE. — DIVISION.

395. En général, on peut définir le divorce : la dissolution du mariage du vivant des deux époux; d'après le code civil, c'est la dissolution du mariage prononcée par l'officier de l'état civil en vertu d'un jugement (art. 258, 294).

396. Chez les Romains, le divorce était admis d'une manière illimitée. Il pouvait se faire sans aucune formalité, par le consentement mutuel des époux, ou même par la volonté de l'un d'eux (*repudium, divortium*). Les empereurs chrétiens, surtout Constantin, cherchèrent à en restreindre l'usage par des peines pécuniaires infligées aux divorcés. D'après le droit de Justinien, le divorce par consentement mutuel est encore permis pour faire le vœu de chasteté et pour cause d'impuissance du mari, pourvu que le mariage ait duré au moins trois ans. La dissolution du mariage peut encore avoir lieu par la volonté de l'un des époux, mais sous des pénalités pour celui qui l'a rompu sans motifs; s'il a eu de justes motifs, les mêmes peines frappent l'époux qui y a donné lieu. Les justes motifs du divorce sont : les crimes d'assassinat, d'empoisonnement, de faux, de trahison ou de vol commis par l'un des époux; les sévices ou injures graves exercés par l'un des époux contre l'autre, et l'adultère de la femme. L'adultère du mari n'est une cause de divorce que lorqu'il a tenu sa concubine dans la maison conjugale. (Maynz, *Cours de droit romain*, 4e éd., § 320.)

Le divorce était admis chez les Francs.

L'Église chrétienne l'a réprouvé dès le principe. Mais il y avait entre les docteurs de l'Église des premiers temps controverse, née de l'interprétation différente de quelques textes de l'Évangile, sur le point de savoir si le divorce ne doit pas être admis pour cause d'adultère. L'Église de l'Orient l'a autorisé pour ce cas;

mais l'Église latine l'a défendu d'une manière absolue, et cette défense, confirmée déjà par les capitulaires des rois de France de la seconde race, est devenue loi de l'État. Charlemagne, dans le *Capitulare Aquisgranense* ou *Capitulare* I de 789, chapitre 42, dispose : « *In concilio Africano præcipitur, ut nec uxor a viro dimissa alium accipiat virum vivente viro suo, nec vir aliam accipiat vivente uxore priore.* » *Capitularia Regum Francorum*. Ed. Baluzii. (Paris, 1677, t. I, p. 228.) De même, le chapitre 87 du *lib.* VI *Capitularium* dit : « *Nullus conjugem propriam, nisi, ut sanctum Evangelium docet, fornicationis causâ, relinquat. Quod si quisque propriam expulerit conjugem legitimo sibi matrimonio conjunctam,* SI CHRISTIANUS ESSE RECTE VOLUERIT, *nulli alteri copuletur; sed aut ita permaneat, aut propriæ reconcilietur conjugi.* » (*Ibid.*, t. I, p. 936.

Le mariage étant régi par le droit canon jusqu'à la révolution française (n° 270), le divorce a toujours été défendu. Toutefois les lois de l'Église offraient aux époux dont l'union était troublée par des causes graves, un autre moyen de séparation, mais qui laissait subsister le lien même du mariage, c'était la *séparation de corps* ou la *séparation de table et de lit* (*separatio a thoro et mensâ*). Elle pouvait, suivant la gravité des causes, être temporaire ou perpétuelle.

La doctrine des protestants admet le divorce pour cause d'adultère et pour désertion malicieuse. En **Belgique**, l'édit matrimonial de 1784 avait maintenu la dissolution du mariage par le divorce, mais pour les non-catholiques seulement. (Defacqz, t. I, p. 389.)

897. La loi du 20 septembre 1792 a aboli la séparation de corps et introduit le divorce, comme le seul moyen de désunir les époux. Le divorce pouvait avoir lieu par le consentement mutuel des époux, et l'un d'eux pouvait même le faire prononcer sur sa simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. Les causes déterminées du divorce étaient : 1° la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux ; 2° la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes ; 3° les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre ; 4° le dérèglement de mœurs notoire ; 5° l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins ; 6° l'absence de l'un

des époux sans nouvelles pendant cinq ans au moins; 7° l'émigration dans les cas prévus par les lois, notamment par le décret du 8 avril 1792.

La loi du 20 septembre 1792 a été en vigueur jusqu'à la publication du code civil.

Trois questions principales se présentaient à la discussion : 1° Le divorce doit-il être maintenu? 2° La séparation de corps doit-elle être rétablie? 3° L'un et l'autre doivent-ils être simultanément admis? Après de longs débats, le législateur, déterminé principalement par l'intérêt de la liberté des cultes, adopta l'existence simultanée de ces deux institutions. La loi civile ne voulait pas refuser le divorce à ceux à qui leur conviction religieuse permettait de choisir ce moyen; elle ne voulait pas forcer les catholiques à l'alternative ou de continuer une vie commune devenue insupportable ou de recourir à un moyen que leur religion défend. Les époux peuvent demander la séparation de corps pour les mêmes causes qui peuvent donner lieu au divorce. Cette législation régit encore la Belgique.

En **France**, le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816, et toutes les instances en divorce alors pendantes ont été converties en instances en séparation de corps.

398. La loi admet le divorce pour une des *causes qu'elle détermine* ou *par consentement mutuel* des époux.

On peut réduire les causes déterminées à ce principe, que le divorce est admissible lorsque l'un des époux a méconnu ses principaux devoirs conjugaux au point que l'autre doit être considéré comme étant délié des siens.

Le divorce par consentement mutuel est fondé sur ce que le législateur présume qu'il peut exister entre les époux une cause péremptoire qui leur rend la vie commune insupportable, mais qu'ils ne veulent pas divulguer (art. 233).

399. L'indication des causes du divorce est *limitative*. Il n'y en a pas d'autres que celles *spécialement* désignées par la loi. La demande en divorce, intentée pour une autre cause, est non recevable. Il s'ensuit que la demande fondée sur une cause désignée, par exemple, sur l'adultère, ne doit pas être admise lorsque le demandeur ne prouve pas *cette cause*, quand même il prouverait l'existence d'une autre, par exemple, une injure grave (arg.,

art. 236, 247). (Colmar, 8 décembre 1807; Brux., 20 mars 1867, B. J., t. 26, 1238.)

L'époux qui a demandé le divorce pour cause *déterminée* peut toujours, quand même il se serait désisté de sa demande, ou qu'elle serait rejetée, demander le divorce par consentement mutuel; de même, lorsque les deux époux ont demandé le divorce par consentement mutuel, celui qui a des motifs peut, tant que la dissolution du mariage n'a pas été prononcée, demander le divorce pour une cause déterminée.

CHAPITRE I.

DES CAUSES DU DIVORCE. (Art. 229-233.)

I. DES CAUSES DÉTERMINÉES.

400. 1° Le mari peut, dans tous les cas, demander le divorce pour cause d'adultère de la femme; la femme ne peut demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, que lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune ou conjugale (art. 229, 230; C. pén., art. 339; C. pén. b., art. 389). L'infidélité de la femme est plus grave que celle du mari, parce qu'elle peut introduire dans la famille des enfants étrangers, ou tout au moins faire douter le mari de sa paternité. L'adultère de la femme ne peut pas être atténué, comme cause de divorce, par l'adultère ni par d'autres torts du mari. (Bruxelles, 11 novembre 1846, P., 1847, 319; Cologne, 21 février 1849, B. J., t. 17, 1377.) Toutefois, l'adultère de la femme ne serait pas une cause de divorce, si le mari lui-même l'avait provoqué ou favorisé, soit directement, soit indirectement en laissant sa femme dans l'abandon, loin de lui et dans une société notoirement dangereuse pour ses mœurs. (Paris, 6 avril 1811.)

401. L'adultère seul du mari n'est pas une cause de divorce; mais le mari, qui tient sa concubine dans la maison conjugale, ajoute l'outrage et l'injure à l'infidélité (art, 230). La « *maison commune* », c'est la maison dans laquelle les époux ont leur do-

micile. Il y a lieu à demander le divorce, si le mari, après avoir quitté sa femme, ou après que sa femme s'est retirée de la demeure commune, a pris un autre domicile dans lequel il tient sa concubine. Car l'habitation du mari est l'habitation conjugale, où la femme a le droit de le suivre. (Jugement du tribunal civil de Bruxelles du 16 décembre 1848, B. J., t. 7, 240; Poitiers, 2 prairial an XII.) Il en est de même, et pour le même motif, si le mari tient sa concubine dans une maison de campagne destinée à l'habitation commune pendant une partie de l'année. Le domicile du mari ne cesse pas d'être la maison commune pendant l'instance en divorce, après que la femme a été autorisée à le quitter. (Brux., trib. civ., 11 août 1860, B. J., t. 19, 54.)

Il n'importe à quel titre la personne, avec laquelle le mari a violé la foi conjugale soit entrée dans la maison. (Liége, 6 juillet 1826.) Ainsi, l'adultère commis avec une servante choisie par la femme peut être une cause du divorce. (Amiens, 13 fructidor an XI.) S'il est vrai de dire avec M. Demolombe (IV, n° 360), que des faits d'infidélité, accidentels et fugitifs, même commis dans la maison commune, ne suffisent pas toujours pour être une cause de divorce, alors surtout qu'ils ne sont pas accompagnés d'autres circonstances injurieuses pour la femme (Gand, 2 août 1861, P., 1862, 176), il est vrai aussi que la concubine ne doit pas nécessairement *demeurer* dans la maison conjugale; il ne faut pas non plus que le mari ait des rapports suivis avec la personne, avec laquelle il commet l'adultère. Des faits réitérés d'adultère commis dans la maison conjugale, avec n'importe qui, peuvent donner lieu au divorce. (Voy. *Novella Justin.*, 117, C. 9, § 5, qui est la source de l'article 230; Cologne, 20 décembre 1827, B. J., t. 17, 1377.)

402. 2° Les époux peuvent réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre (art. 231). La loi ne définit pas ces expressions.

Les *excès* sont des actes de nature à mettre en danger la vie de l'époux. Le projet du code contenait un article ainsi conçu : « *L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera pour celui-ci une cause de divorce.* » Le Tribunat demanda la suppression de cette disposition, afin de ne pas mettre l'époux, qui voudrait demander le divorce, dans la nécessité de se faire dénonciateur de

son conjoint et de l'exposer à une poursuite criminelle. L'article fut supprimé ; mais dans une nouvelle rédaction, le mot « *excès* » fut ajouté aux *sévices* et injures, pour reproduire, sous une forme moins étroite, une idée analogue à celle que le mot « *attentat* » avait exprimée. (Locré, V, 262.) Les excès, une fois reconnus, sont une cause nécessaire du divorce. (Demolombe, t. IV, 384.)

Les *sévices* (*sævitiæ*) sont des actes de cruauté, de mauvais traitements personnels, des voies de fait.

Les *injures graves* résultent de paroles, écrits ou faits outrageants, par lesquel l'un des époux attente à l'honneur et à la dignité de l'autre, et montre pour lui de la haine ou du mépris avec l'intention injurieuse. (Brux., 9 mars 1863, P., 1863, 274; Liége, 27 janv. 1864, P., 1864, 389.) Les imputations calomnieuses sont comprises parmi les injures graves.

Pour apprécier si les sévices ou les injures sont assez graves pour motiver la demande en divorce, le juge doit, dans chaque cas particulier, prendre en considération les qualités, la condition, l'éducation et les habitudes des époux, les circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi les injures, et les causes qui les ont provoquées. (Bruxelles, 30 juillet 1849, et 31 juillet 1850, B. J., t. 7, 1052, t. 10, 1513, P., 1850, 183, 1851, 140; Cologne, 26 mars 1822 et 29 avril 1835; Cass. de Darmstadt, 6 juin 1836, B. J., t. 17, 1378; Brux., 1er août 1860, B. J., t. 18, 1139; Brux., 24 avril 1866, P., 1867, 83.) Ainsi, par exemple, le refus du mari de recevoir sa femme dans la maison conjugale; l'abandon du domicile conjugal par la femme et son refus d'y entrer; le reproche d'adultère adressé par le mari à sa femme sont des injures graves. (Bruxelles, 8 fructidor an XIII; Bruxelles, 7 février 1848, P. 1848, 180; Bruxelles, 1er mars 1854, et Liége, 1er février 1855, P., 1855, 77, 98, B. J., t. 13, 605, 734; Cologne, 19 août 1844, B. J., t. 4, 265; Jugements du tribunal de Bruxelles des 27 juillet 1854 et 17 janvier 1857, B. J., t. 16, 507, 554.) L'ivresse habituelle de l'un des époux peut être pour l'autre une injure grave. (Liége, 24 juill., et Gand, 26 déc. 1872, P., 1873, 58, et 59; voy. aussi Brux., 10 août 1868, P., 1871, 166.)

De même, le refus de l'un des époux de procéder au mariage religieux peut être une injure grave de nature à motiver la de-

mande en divorce ou en séparation de corps. (Angers, 29 janv. 1859, D., 1860, 2, 96.) Et, d'un autre côté, l'abandon *seul* de la part de l'un des époux peut n'être pas une injure pour l'autre ; ainsi, par exemple, ce ne serait pas une injure, si l'époux motivait l'abandon par la nécessité de secourir et d'assister le vieux père. (Brux., trib. civ., 6 décembre 1862, B. J., t. 21, 283; Liége, 4 déc. 1867, P., 1868, 38, B. J., t. 26, 300 ; Brux., 23 juillet 1873, P., 1873, 351 ; 29 juin 1874, P., 1875, 129 ; Brux., 15 février 1875, B. J., t. 33, 485; P., 1876, 312.)

403. 3° La condamnation, pendant le mariage, de l'un des époux à une peine infamante par un jugement définitif qui n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale, est pour l'autre époux une cause de divorce (art. 232, 261 ; C. pén., art. 7, 8). Cette cause de divorce a été créée par la loi du 20 septembre 1792. La loi ne veut pas forcer l'époux à vivre avec un individu frappé d'infamie. La cause du divorce existe aussi lorsque le crime a été commis *avant*, et que la condamnation a été prononcée *après* le mariage ; car la loi ne distingue pas.

Suivant quelques jurisconsultes, une condamnation encourue *avant* le mariage est aussi une cause de divorce, si l'autre conjoint l'a ignorée. Cette opinion ne peut pas être admise; elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Les causes du divorce ne doivent pas être étendues. D'après la loi, le divorce ne peut être demandé que pour des causes survenues *depuis* la célébration du mariage. (Zachariæ, § 476, note 12 ; Willequet, *Divorce*, p. 91-93; Bruxelles, 13 août 1846, P., 1846, 307, B. J., t. 4, 1660. — *Contrà*, Demolombe, IV, n° 392 ; Duranton, t. II, 562.) Une semblable condamnation, ignorée par l'un des époux peut, dans certains cas, être une cause de nullité du mariage fondée sur l'erreur. (Voy. nos 277-278.)

Il importe peu pour quel fait la peine a été prononcée. Ce n'est pas le crime, mais la condamnation à la peine infamante qui est la cause du divorce. C'est pourquoi la grâce obtenue par le condamné ne fait pas obstacle à la demande en divorce, mais sa réhabilitation, qui efface l'infamie, la rend inadmissible. (C. d'instr. crim., art. 617 et suiv.)

En **Belgique**, il n'y a plus de peine infamante depuis la mise en vigueur du code pénal de 1867 (*suprà*, n° 129). Mais la con-

damnation de l'ûn des époux à une peine *afflictive* qui, d'après le code pénal de 1810, était aussi infamante, est-elle aujourd'hui encore une cause de divorce? Non. Car l'indication des causes du divorce est *limitative* (*suprà*, n° 399), et, depuis le nouveau code pénal, cette cause ne se trouve plus dans les lois. On ne peut donc invoquer aucun texte à l'appui du divorce. Nous pouvons nous appuyer sur l'intention, sinon manifeste, mais au moins probable du législateur de 1867, dont l'attention avait été attirée sur la nécessité de mettre le nouveau code pénal en rapport avec le droit civil, et qui n'a point exprimé l'intention de considérer la condamnation à une peine criminelle encore comme une cause du divorce. (Voy. conf. Laurent, t. III, n° 197.)

Toutefois, la question est très-controversée. (Voy. conf., Brux., trib. civ., 12 juin 1875, B. J., t. 33, 988, et 22 déc. 1877, P., 1878, 3, 27 et la note. En sens contraire, Anvers, trib. civ., 5 mars 1870, B. J., t. 28, 393, et Liége, trib. civ., 13 févr. 1875, P., 1876, 3, 6.)

404. La condamnation à une peine afflictive ou infamante, prononcée en pays étranger, peut-elle être une cause de divorce en **Belgique** ou de séparation de corps en **France**? La question est controversée. On peut distinguer deux cas :

1° La condamnation a été prononcée par un tribunal étranger *contre un Belge ou un Français*. Elle ne peut pas être une cause de divorce en Belgique ni en France. Car le jugement criminel étranger, prononcé contre un Belge ou un Français, ne produit, en général, *aucun* effet en Belgique ni en France. Il ne peut pas y être exécuté ni donner lieu à l'extradition du regnicole. Les notions sur ce qui est un crime ou délit sont trop différentes chez les diverses nations, pour que l'une puisse accorder un effet quelconque à une condamnation prononcée *contre ses regnicoles* par un tribunal étranger. En ce point, les nations observent strictement et doivent strictement observer la règle du droit international, qui veut que l'empire des lois et des actes du souverain étranger finisse avec le territoire soumis à ce souverain. (Voy. la dissertation dans la *Belgique judiciaire*, t. 5, 761; Willequet, *Divorce*, p. 90; Cour provinciale de la Nord-Hollande, du 2 mai 1851, B. J., t. 9, 1566.) Pour la **Belgique**, il y a, en outre, la raison spéciale indiquée au n° 403 à la fin.

2° Le jugement a été prononcé à la charge d'un étranger; son conjoint demande contre lui le divorce en Belgique. Les tribunaux belges peuvent être compétents pour statuer sur cette demande, par exemple, si les époux étrangers sont domiciliés en Belgique. Pour que le juge belge puisse prononcer le divorce en ce cas, il faut au moins que les lois du pays auquel ces époux appartiennent admettent le divorce pour condamnation de l'un d'eux à une peine infamante. L'état et la capacité de l'étranger sont régis par les lois de son pays (n° 63). On pourrait induire de cette règle que l'état d'infamie est constaté par le jugement étranger, et qu'il suit le condamné partout et avec tous ses effets. Ce serait la conséquence de l'application rigoureuse du statut personnel de l'étranger. Mais si l'application à l'étranger de son propre statut personnel est, en général, rationnelle et conforme à l'esprit du code, elle n'est pas commandée par un précepte *absolu* de la loi ; le juge ne viole aucune loi en ne faisant pas cette application (n° 65). Il pourrait donc ne pas prononcer le divorce, si les mœurs de son pays ou des considérations d'ordre public le faisaient hésiter à l'admettre.

II. DU CONSENTEMENT MUTUEL.

Voy. *infrà*, chapitre III.

III. DE LA CAUSE SPÉCIALE DE L'ARTICLE 310.

405. Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme a duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur peut demander le divorce au tribunal, qui doit l'admettre, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation (art. 310). La loi ne veut pas que l'époux qui, à cause de sa croyance religieuse, a préféré la voie de la séparation de corps, puisse maintenir pour toujours l'autre époux, dont la croyance peut n'être pas la même, dans une interdiction absolue de contracter un second mariage.

La femme contre laquelle la séparation a été prononcée pour cause d'adultère n'a pas ce droit, parce que le législateur crai-

gnait, en l'accordant à la femme, de favoriser l'adultère. (Locré, V, 257.)

406. La faculté de demander le divorce n'est accordée qu'à l'époux *défendeur* au procès en séparation, parce qu'il n'a pas eu la liberté de choisir; elle n'appartient pas au *demandeur* originaire, pas même dans le cas où il prétendrait que sa croyance religieuse, qui s'opposait d'abord à une demande en divorce, était changée. De là il suit :

1° Que, lorsque les *deux* époux ont été demandeurs dans le procès en séparation de corps, c'est-à-dire, lorsqu'une demande en séparation et une demande reconventionnelle de même nature ont été toutes deux admises par la justice, aucun des deux époux ne peut, après trois ans, demander le divorce en vertu de l'article 310, si ce n'est pour cause nouvelle. Le jugement de séparation forme chose jugée sur les causes anciennes. (Brux., 28 janvier 1859, B. J., t. 17, 1492; P., 1859, 256.)

2° Que, lorsque l'époux défendeur au procès en séparation de corps a, après trois ans, obtenu un jugement admettant le divorce, son conjoint, originairement demandeur, ne peut pas se prévaloir de ce jugement, ni faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil, si l'époux qui a obtenu ce jugement refuse d'y donner suite (arg., art. 264, 266). (Jugement du tribunal civil de Bruxelles, du 4 avril 1851, B. J., t. 9, 925.)

L'époux qui était originairement défendeur ne peut pas demander le divorce après trois ans, si son conjoint consent à faire cesser la séparation de corps.

Quelle que soit la résolution que prenne l'époux demandeur originaire en séparation de corps, l'époux qui poursuit le divorce après trois années doit être condamné aux dépens de l'instance en divorce. Car c'est lui qui est la cause primitive du procès. (Jugement du tribunal de Bruxelles, 7 août 1857, B. J., t. 15, 1598.)

IV. QUI PEUT FORMER LA DEMANDE EN DIVORCE.

407. Le droit de demander le divorce est éminemment personnel; il ne peut être exercé que par l'un des époux contre l'autre

époux. Il ne peut donc pas être exercé par leurs créanciers, qui ne peuvent pas même intervenir dans l'instance.

Le tuteur ne peut pas demander le divorce au nom de l'interdit, pas plus qu'il ne peut contracter mariage pour lui, bien qu'il représente sa personne. Au reste, toutes les dispositions qui règlent la procédure de divorce, et les motifs sur lesquels elles sont fondées prouvent que ce droit doit être exercé personnellement. L'époux absent ne peut pas même se pourvoir en divorce par un fondé de pouvoirs, si ce n'est en cas de condamnation de son conjoint à une peine infamante (Locré, V, 227-228; Willequet, p. 117-119; Cass. B., 11 nov. 1869, P., 1870, 3. — *Contrà*, Demolombe, t. IV, 428, et Bordeaux, 17mai 1858, D., 1871, 5, 353.)

Toutefois la demande peut être intentée contre l'époux absent. (Cologne, 29 mars 1843, B. J., t. 2, 285.)

CHAPITRE II.

DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

SECTION PREMIÈRE.

DES FORMES DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE (art. 234-266).

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LA PROCÉDURE EN DIVORCE.

408. Le code civil est la seule source de la procédure en matière de divorce dans les parties *qu'il a spécialement réglées*. Cette procédure a d'abord le triple but de mettre, par une sage lenteur, les époux dans la nécessité de réfléchir mûrement sur leur projet de se désunir, de donner au magistrat de fréquentes occasions d'amener un rapprochement entre eux, et enfin d'éviter des conflits entre les époux pendant l'instance.

Les règles essentielles qui se rapportent à l'un ou à l'autre de

ces buts doivent être observées sous peine de nullité; mais la nullité de la *procédure* n'emporte pas la déchéance du droit du demandeur, qui pourrait, en ce cas, intenter une nouvelle action pour la même cause. (Zachariæ, § 479, note 6, 5e édit. allemande.)

Le code contient, en outre, plusieurs dispositions spéciales qui se rapportent à l'*instruction* du procès.

Le code de procédure civile n'a pas dérogé aux règles spéciales du code civil pour la procédure en divorce; l'article 881 du code de procédure y renvoie expressément. Le code civil renferme un système particulier d'instruction sur les demandes en divorce; s'il offre des lacunes en cette matière, le code de procédure ne doit pas être considéré comme une source subsidiaire, au point que l'inobservation d'une règle de ce dernier code pourrait entraîner la nullité de la procédure. (Cass. fr., 8 juin 1808; d'après d'autres recueils, cet arrêt porte la date du 27 décembre 1807.) Mais si les lacunes ne peuvent pas être comblées par interprétation du code civil, le juge peut appliquer par analogie les dispositions du code de procédure, pourvu qu'elles ne soient pas en opposition avec le texte et l'esprit du code civil. (Liége, 29 mars 1847, P., 1849, 258; Bruxelles, 2 avril 1858, P., 1858, 242; Cologne, 15 janvier 1849; Cass., de Darmstadt, 6 juin 1836 et 11 mars 1839, B. J., t. 17, 1379; Brux , 8 juill. 1868, B. J., t. 26, 1154, P., 1868, 347.) Quant aux parties de la procédure dont le code civil *ne s'occupe pas*, elles sont réglées par le code de procédure, par exemple, les formes des jugements, etc.

II. DU TRIBUNAL COMPÉTENT POUR STATUER SUR LA DEMANDE EN DIVORCE (art. 234-235).

409. La demande en divorce ayant pour objet une question d'état est de la compétence exclusive des tribunaux civils; quelle que soit la nature des faits ou des délits qui y ont donné lieu, il n'est ni possible ni nécessaire de prendre la voie criminelle. L'un des époux ne peut donc pas faire prononcer le divorce en se constituant partie civile devant un tribunal de répression.

La demande en divorce doit être formée devant le tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile. Dans le cas de l'article 310, la demande doit être portée devant le tribu-

nal du domicile du défendeur, si, après la séparation de corps, les époux ont eu des domiciles distincts.

Si l'époux contre lequel la demande est formée a quitté son domicile et s'est rendu en pays étranger, il peut être assigné en divorce au dernier domicile qu'il avait dans son pays. (Cologne, 29 mars 1843, B. J., t. 2, 285.)

L'exception d'incompétence *ratione personæ* doit être proposée, sous peine de déchéance, comme fin de non-recevoir, avant le jugement d'admission (art. 246). (Cologne, 12 janv. 1876, arch. Rh., t. 67, I, 129.)

410. Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce reste suspendue jusqu'après le jugement du tribunal de justice criminelle. Alors elle peut être reprise, sans qu'il soit permis d'inférer du jugement aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur (art. 235). L'action civile en divorce ne fait pas obstacle à la poursuite répressive, pas même lorsqu'elle est intentée par le mari, du chef d'adultère de sa femme. (Cass., 30 janvier 1856, P., 1856, 470, B. J., t. 14, 474.) Le criminel tient donc le civil en suspens. Autrement il pourrait y avoir contradiction entre deux jugements. Le tribunal civil pourrait rejeter la demande en divorce par le motif que le fait sur lequel elle était fondée n'avait pas eu lieu, tandis que le tribunal criminel condamnerait l'époux défendeur à raison d'un délit qui pourrait être une cause de divorce.

Le jugement ou l'arrêt criminel peut préjuger l'action civile en ce sens, que la preuve du fait peut résulter du procès criminel. Ainsi, par exemple, la demande en divorce peut être suffisamment justifiée par la production d'un jugement correctionnel qui condamne l'époux contre lequel le divorce est demandé, pour injures et coups envers son conjoint. (Liége, 29 juin 1820.) Mais si l'accusé était absous ou acquitté, l'action civile ne serait pas préjugée en sa faveur, parce que le même fait peut donner assez de motifs pour admettre le divorce, quand même il ne serait pas de nature à faire condamner l'accusé à une peine. Le demandeur en divorce peut se prévaloir du jugement criminel, le défendeur ne le peut pas.

III. DES FORMES DE PROCÉDER.

411. On peut distinguer quatre phases de cette procédure : 1° les essais de conciliation; 2° la citation et l'admission ou le rejet de la demande; 3° la procédure sur le fond, et 4° le mode de preuve.

A. *Des essais de conciliation.*

412. Toute demande en divorce doit détailler les faits. On ne peut pas formuler une règle précise sur la manière dont les faits doivent être détaillés. Ils sont suffisamment détaillés lorsqu'ils sont accompagnés de toutes les indications nécessaires pour que le magistrat puisse en apprécier la gravité, pour que le défendeur soit à même d'en fournir la preuve contraire, et pour que l'on puisse reconnaître s'ils ont été ou s'ils sont encore l'objet d'une demande déjà intentée. (Brux., 2 juin 1858, B. J., t. 16, 1060, P., 1858, 342.) L'indication précise des lieu, jour et heure où ces faits se sont passés n'est pas requise à peine de nullité. (En sens contraire : Paris, 18 février 1806; Colmar, 20 messidor an XIII; Limoges, 2 juillet 1810.) Si la demande ne détaille pas suffisamment les faits, elle doit être rejetée, et cette omission ne peut pas être réparée par un acte signifié au défendeur après la comparution devant le président. (Paris, 14 mars 1806.) Cette disposition n'est pas un obstacle à ce que, lors des débats, le demandeur ajoute d'autres faits et circonstances à l'appui de ceux qui ont été détaillés dans la requête, ni à ce que dans le jugement définitif le juge puisse aussi avoir égard à des faits qui n'ont pas été détaillés dans la demande, pour les mettre en rapport avec les faits détaillés afin d'en déterminer la gravité. (Bruxelles, 15 février 1844, P., 1844, 340, B. J., t. 2, 371; Cass., 22 février 1844, P., 1844, 142, B. J., t. 2, 1456; Bruxelles, 1er mars 1854, B. J., t. 13, 605.) Mais on ne peut pas admettre qu'il puisse articuler, postérieurement à sa requête, d'autres faits, même survenus depuis. (Brux., 4 août 1868, et 9 mars 1874, P., 1871, 26, et 1874, 200. — *Contrà*, Cass., fr., 26 mai 1807.) Il a été jugé que ni le demandeur ni le défendeur ne peuvent, pour la première fois en appel, proposer des faits antérieurs à l'instance et

qui lui étaient connus. (Gand, 3 déc. 1874, P., 1875, 60.) A plus forte raison ne peut-il pas les articuler en appel si ces faits sont postérieurs au jugement de première instance. (Liége, 11 août 1851, B. J., t. 11, 37.)

La demande doit être remise, avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du tribunal ou au juge qui en fait les fonctions, par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par maladie; auquel cas, sur sa réquisition et le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le magistrat doit se transporter au domicile du demandeur, pour y recevoir sa demande (art. 236).

413. Le juge, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croit convenables, doit parafer la demande et les pièces, et dresser procès-verbal de la remise du tout en ses mains. Ce procès-verbal doit être signé par le juge et par le demandeur, à moins que celui-ci ne sache ou ne puisse signer, auquel cas il en sera fait mention (art. 237). La signature de la partie doit être mise au bas de l'ordonnance, sans qu'il y ait nullité. (Liége, 31 mai 1865, B. J., t. 23, 1365, P., 1865, 231.) Le juge ordonne, au bas de son procès-verbal, que les parties comparaîtront en personne devant lui, en sa demeure ou au local où siége le tribunal, au jour et à l'heure qu'il indique; et qu'à cet effet, copie de son ordonnance sera *par lui* adressée à la partie contre laquelle le divorce est demandé. La loi ne veut pas que la communication soit faite *au nom du demandeur* par le ministère des huissiers, pour ne pas aigrir les esprits; elle laisse le président juge du mode de communication le plus convenable, sans défendre le ministère des huissiers (art. 238). (Toullier, t. II, 684; Bruxelles, 11 mars 1844, P., 1844, 92; Liége, 31 mai 1865, cité *suprà*.)

414. Au jour indiqué, le juge fera aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il est seul comparant, les représentations qu'il croira propres à opérer le rapprochement. Les parties doivent comparaître sans avoué ni conseil (arg., art. 248.) Si le demandeur ne vient pas, il est censé retirer sa demande. Si le juge ne parvient pas à opérer un rapprochement entre les époux, il en dresse procès-verbal et ordonne la communication de la demande et des pièces au procureur du roi, et le référé du

tout au tribunal (art. 239). Dans les trois jours qui suivent, le tribunal, sur le rapport de ce juge et sur les conclusions du ministère public, accorde ou suspend la permission de citer le défendeur; mais il ne peut la refuser d'une manière absolue. La suspension ne peut excéder le terme de vingt jours (art. 240). Le délai de trois jours est seulement prescrit pour le juge; il ne doit pas être observé à peine de nullité. La permission de citer ne doit pas nécessairement être donnée par jugement prononcé en audience publique; elle peut être donnée par décision de la chambre du conseil. (Cologne, 21 février 1849, B. J., t. 17, 1379; voy., sur plusieurs de ces questions, Liége, 31 mai 1865, P., 1865, 231.)

B. *De la citation, de l'admission ou du rejet de la demande* (art. 241-246).

415. En vertu de la permission du tribunal, le demandeur fait citer le défendeur, dans la forme ordinaire des assignations et sans citation préalable en conciliation, à comparaître en personne à l'audience, à huis clos, dans le délai de la loi (la huitaine, art. 72 du code de procédure civile); il fait donner copie, en tête de la citation, de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui (art. 241). A l'échéance de ce délai, le demandeur doit venir en personne; s'il ne vient pas, toute la procédure est nulle. (Zachariæ, § 480, note 17.) Il peut se faire assister d'un conseil, s'il le juge à propos; mais le conseil seul, sans la partie, n'est pas admis (art. 248). Il n'est pas nécessaire que les qualités du jugement mentionnent la présence du demandeur à l'audience. (Liége, 31 mai 1865; voy. *suprà*, n° 413.) Que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur expose ou fait exposer les motifs de sa demande, il nomme les témoins qu'il se propose de faire entendre, et représente les pièces qui appuient la demande, à moins qu'il ne les ait déposées au greffe (art. 242). (Cologne, 21 février 1849, B. J., t. 17, 1379.) La comparution personnelle n'est exigée qu'en première instance et non en appel. (Liége, 25 nov. 1863, P., 1864, 47.)

Le défendeur, en personne ou par un fondé de pouvoir, propose ses observations sur les motifs de la demande, sur les pièces pro-

duites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés, toutefois sans encourir la déchéance s'il ne le fait pas. Car la loi, en disant : « *Il pourra proposer ses observations* », lui en laisse la faculté, sans lui en imposer l'obligation. (*Contrà*, Bruxelles, 6 avril 1833.)

Le défendeur nomme, de son côté, les témoins qu'il veut faire entendre et sur lesquels le demandeur peut faire ses observations (art. 243). Il doit être dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourrait faire. Lecture de ce procès-verbal doit être donnée aux parties, qui seront requises de le signer. Il doit être fait mention expresse de leur signature ou de leur déclaration de ne pouvoir ou ne vouloir signer (art. 244). Le tribunal renvoie les parties à l'audience publique, dont il fixe le jour et l'heure; il ordonne la communication de la procédure au ministère public, et commet un rapporteur. Si le défendeur n'a pas comparu, le demandeur doit lui faire signifier l'ordonnance du tribunal dans le délai qu'elle détermine (art. 245). Si les deux parties sont présentes, le prononcé de l'ordonnance vaut signification. (Zachariæ, § 480, note 23.)

416. Au jour et à l'heure indiqués, le ministère public entendu, le tribunal statue d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé. Les fins de non-recevoir écartent la demande sans en permettre l'examen. Si elles sont trouvées concluantes, la demande en divorce doit être rejetée; dans le cas contraire, ou s'il n'a pas été proposé de fins de non-recevoir, la demande en divorce doit être admise. (Voy. *infrà*, section III, art. 246.)

C. *De la procédure sur le fond.*

417. Immédiatement après l'admission de la demande en divorce et à la même audience, si la demande est en état d'être jugée, le tribunal, sur le rapport du juge commis et les conclusions du ministère public, doit statuer au fond par un second jugement (art. 247). Toutefois, il n'y a pas de nullité par cela seul que le tribunal n'a pas statué, dans la même audience, sur l'admission et au fond. (Liége, 6 juillet 1826.) Si la cause n'est pas

en état d'être jugée définitivement, le tribunal doit admettre le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués et le défendeur à la preuve contraire (art. 247). Les juges qui reçoivent l'enquête ne doivent pas nécessairement être les mêmes que ceux qui l'ont ordonnée. (Liége, 27 janv. 1864, P., 1864, 389.) La preuve ne peut porter que sur des faits articulés par les parties et déclarés pertinents par le jugement. (Brux., 24 juill. 1867, P., 1868, 27, B. J., t. 26, 1236 et la note.) Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonne les enquêtes, le greffier du tribunal doit donner lecture de la partie du procès-verbal dressé en exécution de l'article 244 (voy. *suprà*, n° 415), qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposent de faire entendre. Elles doivent être averties par le président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues (art. 249 ; voy. Cass. B., 23 mai 1872, P., 1872, 348). Les parties proposent de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voudront écarter. Le tribunal, le ministère public entendu, statue sur ces reproches à la même audience (art. 250), à moins que la décision sur les reproches ne doive dépendre des dépositions de témoins. Le défendeur ne doit pas assister en personne à l'enquête; le reproche peut être proposé par l'avoué. (Brux., 20 avril 1874, P., 1874, 225.)

Les témoins par lesquels les reproches doivent être prouvés ne doivent pas être immédiatement désignés ; car l'article 289 du code de procédure n'est pas applicable aux enquêtes en matière de divorce. (Brux., 6 juillet 1815.)

Cependant, en instance d'appel, une partie ne serait plus recevable à proposer et à prouver des reproches, par exemple, la subornation des témoins produits par la partie adverse, à moins que la partie qui avance ce fait n'établisse qu'elle n'en a eu connaissance qu'après l'époque où, d'après l'article 250, les reproches auraient dû être proposés. (Liége, 20 avril 1822.)

418. A chaque acte de la cause, les parties peuvent, après le rapport du juge et avant que le ministère public ait pris la parole, proposer ou faire proposer leurs moyens respectifs, d'abord sur les fins de non-recevoir et ensuite sur le fond ; mais en aucun cas, le conseil du demandeur n'est admis, si le demandeur ne

comparaît pas en personne (art. 248). Si le demandeur ne comparaît pas en personne, il est déchu de son action. (Zachariæ, § 480, note 25.)

D. *De la preuve.*

419. Les faits qui servent de fondement à la demande en divorce peuvent être établis par tous les moyens de preuve; donc par lettres ou autres écrits, par témoins et même par présomptions. (Bordeaux, 27 février 1807; Bruxelles, 5 novembre 1831; Cologne, 21 mai 1829, B. J., t. 17, 1380.) Les lettres injurieuses écrites par l'un des époux à l'autre peuvent toujours être produites comme preuves. (Liége, 9 décembre 1846, P., 1848, 336.) Mais les lettres adressées par l'un des époux à un tiers ne peuvent pas servir de preuve, si elles sont purement confidentielles (*contrà*, Demolombe, t. IV, 393, 395. Brux., 28 avril 1875, P., 1875, 217, et Trib. de la Seine, 4 avril 1865, B. J., t. 23, 1024); autrement elles peuvent être produites. (Zachariæ, § 476, nº 11. Brux., 26 janv. 1874, P., 1874, 175.) Le magistrat apprécie si les lettres sont confidentielles.

420. La règle générale relative à la preuve, énoncée au nº 419, souffre quelques exceptions en cette matière.

1º L'aveu seul du défendeur, soit judiciaire soit extrajudiciaire, ne forme pas une preuve suffisante contre lui, parce qu'il pourrait y avoir accord entre les époux pour faire prononcer le divorce sur une cause supposée, afin d'éviter les longues épreuves et les effets du divorce par consentement mutuel (arg., art. 1004 du code de procédure civile). (Anvers, trib. civ., 5 mars 1868, B. J., t. 26, 1518 et la note.) Pour le même motif, le défendeur ne peut pas être interrogé sur faits et articles concernant la cause du divorce. (C. de proc., art. 324-336.) Mais le défendeur peut se prévaloir des aveux du demandeur et, par conséquent, il peut le faire interroger sur faits et articles et lui déférer le serment, pour prouver ses moyens de défense et les fins de non-recevoir qu'il oppose à la demande en divorce. (Cass. de Darmstadt, 6 juin 1836, B. J., t. 17, 1385.)

2º Dans les procédures ordinaires, les parents et alliés de l'une ou l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain

inclusivement, ainsi que les serviteurs et domestiques des parties peuvent être reprochés comme témoins. (C. de proc., art. 283.) Comme les faits qui donnent lieu au divorce se passent souvent dans l'intérieur de la famille ou de la maison conjugale, la loi admet les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ainsi que les domestiques des époux à déposer sur ces faits, sans pouvoir être reprochés, sauf au tribunal à avoir tel égard que de raison à ces dépositions (art. 251). L'exclusion mentionnée dans cet article comprend les enfants légitimes ou naturels de l'une des parties aussi bien que les enfants communs des deux époux. (Bruxelles, 20 février 1858, P., 1858, 60, B. J., t. 16, 348; Brux., 10 août 1860, B. J., t. 18, 1139.) Les témoins énumérés dans l'article 283 du code de procédure, autres que les parents et domestiques, peuvent être reprochés comme dans tout autre procès; le motif de l'article 251 du code civil ne leur est pas applicable. (En sens contraire : Bruxelles, 28 décembre 1815.) L'article 251 du code civil s'applique aussi à la séparation de corps. (Voy. *infrà*, n° 482.)

421. L'enquête doit se faire dans la forme suivante :

Tout jugement qui admet une preuve testimoniale dénommera les témoins qui seront entendus et déterminera le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter (art. 252). Il a été jugé toutefois que les formalités prescrites par les articles 252 et 249 du code civil ne sont pas applicables aux enquêtes qui se font en instance d'appel. (Liége, 11 juillet 1872, P., 1872, 331.) Les dépositions des témoins seront reçues par le tribunal saisi de la cause, séant à huis clos, et non par un juge-commissaire, en présence du procureur du roi, des parties et de leurs conseils ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté (art. 253). Toutefois le juge pourrait, sans commettre une nullité, déroger à cette règle et faire faire l'enquête par commission rogatoire devant un autre tribunal, même devant un tribunal étranger, si des circonstances particulières rendaient cette procédure nécessaire, et si, sans cette procédure, la partie admise à faire la preuve était exposée à en perdre les moyens. (C. de cass. de Darmstadt, 5 mai 1829, B. J., t. 17, 1380.)

Les parties, par elles-mêmes ou par leurs conseils, pourront faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles

jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions (art. 254). Chaque déposition sera rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquels elle aura donné lieu. Le procès-verbal d'enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties. Mais la lecture de toute l'enquête ne doit pas être faite à tous les témoins; il doit être donné à chaque témoin lecture de sa déposition. (Gand, 2 avril 1858, B. J., t. 16, 597, P., 1858, 242.) Les parties et les témoins seront requis de le signer; et il sera fait mention de leur signature ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer (art. 255). Ces dispositions doivent être observées à peine de nullité (arg., art. 272 et 275 du code de procédure). (Zachariæ, § 480, note 32; Nancy, 15 avril 1813.)

Le code civil ne contenant aucune disposition qui prohibe la prorogation de l'enquête, on doit admettre que le juge a un pouvoir discrétionnaire de la proroger. (Cologne, 11 avril 1833; C. de cass. de Darmstadt, 23 juin 1851, B. J., t. 17, 1380.)

Le procès-verbal de l'enquête doit être clôturé et signé, comme il est dit dans l'article 255, chaque fois qu'il y a une prorogation, ne fût-ce que du matin à l'après-midi, et un nouveau procès-verbal doit être commencé avant la continuation des dépositions des témoins. Toutefois, il n'y a pas de nullité si le procès-verbal de clôture *seul* a été signé, tandis que les procès-verbaux de prorogation ne l'ont pas été. (C. de cass. de Darmstadt, 11 mars 1839, B. J., t. 17, 1380.)

422. Après la clôture des deux enquêtes ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal renvoie les parties à l'audience publique, dont il indique le jour et l'heure; il ordonne la communication de la procédure au ministère public et commet un rapporteur. Cette ordonnance doit être signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai qu'elle détermine (art. 256). Toutefois, la signification n'est pas nulle par cela seul qu'elle a été faite après ce délai. (Bruxelles, 30 mai 1859, B. J., t. 17, 835.) La signification est nécessaire quand même le défendeur aurait été présent à la prononciation de cette ordonnance (arg., art. 245, alinéa 2). (Zachariæ, § 480, note 33.)

Au jour fixé pour le jugement définitif, le rapport est fait par le

juge commis. Ce rapport est une formalité substantielle, dont l'inobservation donne lieu à la nullité du jugement définitif. (Cologne, 30 novembre 1846, B. J., t. 5, 773.) Les parties peuvent ensuite faire, par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause; après quoi le ministère public donne ses conclusions (art. 257).

IV. DES JUGEMENTS, DE L'APPEL ET DU RECOURS EN CASSATION.

423. Lorsque la demande en divorce a été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, le juge, s'il a l'espoir que les époux pourraient se réconcilier, peut ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, il peut autoriser la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir, si elle ne le juge pas à propos, et condamner le mari à lui payer une pension alimentaire, proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins (art. 259). Cet article suppose que la femme est demanderesse. C'est un vestige de la première rédaction, qui accordait à la femme seule l'action en divorce pour cause de sévices et d'injures graves. Mais l'article 259 s'applique aussi au cas où le mari est demandeur. Le juge ne peut faire usage du pouvoir donné par cet article, que si la demande en divorce est bien établie; si elle ne l'est pas, il doit la rejeter. Ce pouvoir appartient au juge d'appel comme à celui de première instance.

Le jugement qui soumet les époux à une année d'épreuve n'est pas seulement préparatoire, mais il a un caractère définitif et est susceptible d'appel; et, en ce cas, la cour d'appel peut évoquer et statuer au fond. (Liége, 1er février 1855, P., 1855, 98, B. J., t. 13, 734; Zachariæ, § 480, note 40.)

Après une année d'épreuve, si les parties ne se sont pas réunies, l'époux demandeur peut faire citer l'autre époux à comparaître au tribunal, dans les délais de la loi, pour y entendre prononcer le jugement définitif, qui, pour lors, *doit* admettre le divorce (art. 260). (Cologne, 21 mai 1829, B. J., t. 17, 1380.)

424. Le jugement définitif doit être prononcé publiquement;

s'il admet le divorce, il autorise le demandeur à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer (art. 258).

425. Le jugement d'admission de la demande en divorce et le jugement définitif peuvent être attaqués par la voie de l'appel et par le recours en cassation. L'appel du jugement d'admission est suspensif. (C., Berlin, 11 juillet 1854, B. J., t. 17, 337; Brux., 16 juillet et 31 déc. 1877, P., 1877, 330, 1878, 114, B. J., t. 36, 257 et 259.) La cour d'appel doit instruire et juger la cause comme urgente. L'appel n'est recevable qu'autant qu'il a été interjeté dans les trois mois, à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement. Il en est de même lorsque l'un ou l'autre de ces jugements a été rendu par défaut. L'appel d'un jugement non exécutoire par provision ne peut être interjeté dans la huitaine de la prononciation. (C. de proc., art. 449; Brux., 15 mai 1865, P., 1866, 329, B. J., t. 23, 1593.) L'article 443, alinéa 2, du code de procédure, d'après lequel le délai d'appel pour les jugements par défaut ne court que du jour où l'opposition n'est plus recevable, ne s'applique pas au divorce. (Proudhon, *État des personnes*, t. I, p. 505; Toullier, t. II, n° 698.) Le délai pour se pourvoir en cassation contre un jugement en dernier ressort est aussi de trois mois, à compter de la signification. Dans les deux cas, les trois mois ne commencent à courir contre le *défendeur* qu'à partir du jour où le *demandeur* lui a fait signifier le jugement. Le jugement n'acquiert pas la force de chose jugée par la signification qui en a été faite par le défendeur. Nul ne se forclôt soi-même. (Cass., Darmstadt, 22 février 1847, B. J., t. 17, 1382.)

Contrairement à la règle générale en matière civile, le pourvoi en cassation a un effet suspensif, parce qu'il s'agit d'une chose irréparable de sa nature (art. 262, 263). (Locré, V, 270.) Ces règles sont les mêmes, que le jugement admette ou refuse le divorce.

L'arrêt de la cour d'appel peut être attaqué par l'opposition, mais les jugements de première instance ne sont pas susceptibles d'opposition. (Willequet, p. 172; Aix. 7 mars 1809; Paris, 21 juillet 1809.) Les jugements par défaut ne sont pas périmés pour inexécution dans les six mois; l'article 156 du code de procédure ne s'y applique pas. (Cass., 29 février 1840; Liége,

10 juin 1840.) La requête civile n'est pas admissible contre les jugements qui statuent sur les demandes en divorce, parce que le code civil n'en parle pas. (Proudhon, t. I, p. 506; Toullier, t. II, n° 699; Zachariæ, § 480, note 43.)

426. On ne peut appeler d'autres jugements que du jugement d'admission et du jugement définitif; on ne peut appeler des jugements interlocutoires qu'avec le jugement définitif (art. 262). La loi ne parle pas d'autres appels; l'art. 451 du code de procédure ne s'applique pas à la procédure en divorce, et, à l'époque où le code civil fut décrété, l'appel des jugements préparatoires ou interlocutoires n'était pas permis. (Zachariæ, § 480, note 44, B. J., t. 17, 209, et la jurisprudence qui y est citée; Cologne, 26 mars 1874, arch. rhén., t. 65, I, 260). La question est controversée. Ainsi, il a été jugé qu'on peut appeler des jugements interlocutoires intervenus et notamment du jugement qui admet l'époux défendeur à la preuve d'une réconciliation. (Bruxelles, 25 juin 1862, P., 1863, 359.)

V. DE LA MANIÈRE DE PROCÉDER DANS LES CAS DES ARTICLES 232 ET 310.

427. Lorsque le divorce est demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine infamante, les seules formalités à observer consistent à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certificat émané du *greffier* de la cour de justice criminelle, portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale (art. 261). (Cologne, 18 septembre 1835, B. J. t. 17, 1381.) Sur cette production, le tribunal peut prononcer le divorce, et, suivant quelques jurisconsultes, il n'est pas même nécessaire de citer l'époux condamné. (Toullier, II, 681; Zachariæ, § 479, n° 2; Cologne, 18 décembre 1834 et 3 juin 1836, B. J., t. 17, 1381). Cette opinion ne doit pas être admise; car il est possible que le défendeur ait des fins de non-recevoir à opposer: la réhabilitation ou la révision de son procès, ou la renonciation du demandeur (*infrà*, n° 438), ou la condamnation du demandeur à une peine infamante. Il est donc néces-

saire que l'époux défendeur soit régulièrement assigné. (Demolombe, IV, 404.)

Le jugement intervenu sur cette demande est susceptible d'appel. En **Belgique**, ces règles ne sont plus applicables (voy. *suprà* n° 403).

428. Si la demande en divorce est fondée sur la séparation de corps qui a duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur peut donner à son conjoint une simple assignation, en tête de laquelle se trouve la copie du jugement de séparation et sur laquelle on procède dans les formes ordinaires pour les actions civiles. Les préliminaires de conciliation ne sont plus nécessaires : la loi ne les prescrit pas. (Toullier, II, 680.)

VI. DE L'EXÉCUTION DU JUGEMENT.

429. Le jugement *autorise* le divorce; c'est l'officier de l'état civil de la commune où les époux avaient leur domicile au commencement de la procédure, qui le *prononce;* c'est en cela que consiste l'exécution du jugement.

En toute matière, celui qui a obtenu un jugement peut en poursuivre l'exécution quand il veut. L'époux qui a obtenu un jugement autorisant le divorce est obligé de se présenter, dans le délai de *deux mois*, devant l'officier de l'état civil, l'autre partie dûment appelée pour faire prononcer le divorce (art. 264). La loi ne veut pas que cet état incertain des époux, créé par le jugement, dure longtemps. (Exposé de motifs, n° 27; Locré, V, 307.) L'époux demandeur qui a obtenu le jugement a seul le droit de faire prononcer le divorce; le défendeur ne peut pas le requérir. (Cologne, 25 avril 1828, B. J., t. 17, 1381.) Le demandeur doit venir *en personne;* il ne peut pas se faire représenter par un fondé de pouvoir. En cas d'empêchement par maladie, l'officier de l'état civil pourrait se transporter chez lui (arg., art. 236). (Zachariæ, § 484, n° 4).

La présence du défendeur n'est pas nécessaire, pourvu qu'il ait été dûment appelé. La loi ne prescrit pas la forme en laquelle le défendeur doit être appelé devant l'officier de l'état civil. Il doit être appelé par exploit dans la forme ordinaire des assignations. C'est là le sens des mots : *dûment appelé*. On ne peut pas admettre

qu'aucune forme ne soit prescrite et que les tribunaux aient un pouvoir absolu d'apprécier si l'appel a été suffisamment fait, comme le dit, dans ses motifs, le jugement du tribunal de Bruxelles, du 2 février 1856 (B. J., t. 14, 618).

Si l'époux demandeur a laissé passer le délai de deux mois sans faire prononcer le divorce ou sans avoir appelé l'autre époux devant l'officier de l'état civil, il est déchu du bénéfice du jugement qu'il a obtenu et ne peut reprendre son action en divorce, sinon pour cause nouvelle; auquel cas il peut néanmoins faire valoir les anciennes causes (art. 266). Il y a *cause nouvelle* lorsque le fait à raison duquel le divorce est demandé s'est passé ou est parvenu à la connaissance de l'époux demandeur depuis le moment où les deux mois étaient expirés, et non depuis la date du jugement. (Willequet, *Divorce*, p. 228.)

La déchéance du jugement n'a pas lieu dans le cas où le demandeur a appelé son conjoint devant l'officier de l'état civil, mais où la prononciation du divorce a dû être ajournée par l'opposition de l'époux défendeur. (Brux., 17 nov. 1847, P., 1849, 185.)

430. Ces deux mois ne commencent à courir, à l'égard des jugements de première instance, qu'après l'expiration du délai d'appel; à l'égard des arrêts rendus par défaut en cause d'appel, qu'après l'expiration du délai d'opposition; et à l'égard des jugements contradictoires en dernier ressort, qu'après l'expiration du délai du pourvoi en cassation (art. 265). Ce n'est qu'après ces divers délais que les jugements ou arrêts ne sont plus susceptibles d'être réformés par aucune voie légale. Mais comme le demandeur pourrait *ne pas signifier* le jugement ou l'arrêt qui admet le divorce, et empêcher ainsi ces sentences d'acquérir la force de la chose jugée, on peut se demander s'il dépend de lui de prolonger ainsi l'incertitude de la situation! Non. Si le demandeur ne fait pas signifier le jugement qu'il a obtenu, le défendeur peut le faire signifier, et cette signification, bien qu'elle n'opère pas forclusion contre lui (n° 425), doit avoir pour effet de faire courir le délai d'appel contre le demandeur, en ce sens, qu'après l'expiration des trois mois depuis le jour de la signification, commence le délai de deux mois dans lequel le demandeur devra ou faire prononcer le divorce, ou tacitement renoncer à son jugement en ne le faisant pas prononcer.

431. Au jour fixé par la citation donnée au défendeur, le demandeur se présente devant l'officier de l'état civil, lui remet une expédition du jugement qui autorise le divorce avec une copie de l'exploit de signification qui en a été faite, et de l'assignation donnée au défendeur à l'effet d'entendre prononcer le divorce. Il doit aussi produire le certificat voulu par l'article 548 du code de procédure constatant qu'il n'existe ni appel, ni opposition contre le jugement ou l'arrêt qui a prononcé le divorce. (Bruxelles, 17 novembre 1847, P., 1849, 185.) Car les délais d'appel et d'opposition pourraient être expirés, et la procédure sur l'appel ou l'opposition pourrait être encore pendante. La loi ne dit pas quel officier de l'état civil est compétent pour prononcer le divorce. Le juge peut commettre à cet effet l'officier de l'état civil du lieu habité par la femme demanderesse en divorce, si le mari est sans domicile ou résidence connue. Un semblable jugement est obligatoire pour l'officier de l'état civil commis, bien qu'il n'ait pas été partie en cause. (Bruxelles, 28 décembre 1874, B. J., t. 33, p. 153, P., 1875, 177; voy. dans le même sens, pour la compétence, Bruxelles, trib. civ., 9 mars 1863, B. J., t. 33, p. 206.)

L'officier de l'état civil, après avoir vérifié ces pièces et constaté que le demandeur se trouve encore dans le délai des deux mois, prononce le divorce et en dresse acte en présence de deux témoins qui doivent signer l'acte ainsi que l'époux requérant (art. 39). (Toullier, II, 701.) Dès lors le mariage est dissous.

Si l'un des époux est commerçant, l'acte de divorce et le jugement qui l'a autorisé doivent être rendus publics de la manière prescrite par l'article 872 du code de procédure. (Code de commerce, art. 66.)

SECTION II.

DES MESURES PROVISOIRES AUXQUELLES PEUT DONNER LIEU LA DEMANDE EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE (art. 267-271).

432. Les effets légaux du mariage continuent en général de subsister pendant la procédure en divorce. La femme reste soumise à la puissance maritale; les époux se doivent mutuellement des aliments. Mais, à cause de la situation particulière des époux

qui ont un procès en divorce, la loi prescrit plusieurs mesures provisoires qui peuvent avoir pour objet : 1° la surveillance des enfants; 2° l'habitation séparée de la femme; 3° la conservation du patrimoine de la femme.

433. 1° L'administration provisoire des enfants reste au mari, peu importe qu'il soit demandeur ou défendeur en divorce; car il est le chef de la famille. Toutefois, il peut en être autrement ordonné par le tribunal, sur la demande, soit de la mère, soit de la famille ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants, qui doit être le seul guide des magistrats (art. 267). Une demande relative à la garde des enfants est recevable, bien qu'elle ait été formée pour la première fois en appel. (Bruxelles, 9 mars 1874, P., 1874, 200.)

Par « *famille* » il faut entendre une assemblée ou un conseil de famille et non un ou quelques parents isolés. Car c'était là le sens de ce mot d'après la loi du 20 septembre 1792, en vigueur à l'époque où ce titre fut discuté.

Le tribunal peut ordonner les mesures provisoires dans l'intérêt des enfants aussitôt après que l'époux demandeur a remis au président la requête contenant la demande en divorce (art. 238, n° 412). (Bruxelles, 27 germinal an XIII.)

434. 2° La femme demanderesse ou défenderesse en divorce peut quitter le domicile du mari pendant la poursuite, et demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés du mari. Le mari, de son côté, a le droit d'exiger que la femme quitte la maison conjugale. Dans l'un et dans l'autre cas, le *président* du tribunal autorise la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties sont convenues ou qu'il indique d'office (code de procéd., art. 878); et il ordonne que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis. Toutefois, la demande de la femme doit se borner à la remise des effets à son usage *journalier*, elle ne peut pas demander tout ce qui est à son usage personnel dans la *communauté;* notamment elle ne peut réclamer ce qui ne sert qu'aux toilettes de cérémonie et d'apparat. (Bruxelles, 26 juin 1849, P. 1850, 289.) L'ordonnance du président à cet égard ne forme pas chose jugée. (Bruxelles, 23 juillet 1868, B. J., t. 26, 1112.)

Le domicile provisoire doit, autant que possible, être assigné

dans le ressort du tribunal saisi de la cause. (Cologne, 23 août 1847, B. J., t. 17, 1382.) La femme demanderesse en divorce peut être autorisée à quitter le domicile de son mari aussitôt après la remise de la requête en divorce et des pièces à l'appui (art. 238). (Trèves, 4 février 1807.) Lorsque c'est en instance d'appel qu'il y a lieu de fixer la maison dans laquelle la femme doit se retirer, l'indication doit en être faite par la cour d'appel elle-même, et les parties ne doivent pas, à cet effet, être renvoyées devant le président du tribunal de première instance. (Cass., Berlin, 27 mars 1848, B. J., t. 17, 1382; Brux., 23 juillet 1868.)

Le *tribunal* fixe, s'il y a lieu, la provision alimentaire, ainsi que la provision pour les frais de procès, que le mari sera obligé de payer à sa femme (art. 268; C. de proc., art. 878). Le mari ne peut pas se dispenser de payer la pension alimentaire en offrant de recevoir la femme chez lui. La provision pour aliments et pour les frais peut aussi être demandée pendant l'instance d'appel et de cassation. (Bruxelles, 11 novembre 1846, P., 1847, 319; cass., Darmstadt, 13 décembre 1841, B. J., t. 17, 1382; Liége, 4 janvier 1865, B. J., t. 23, 1272; P., 1865, 233.)

435. La femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise; à défaut de cette justification, le mari peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites (art. 269). Toutefois, le mari n'a que le droit de s'opposer à la *continuation* des poursuites, tant que sa femme ne fait pas cette justification; il ne peut pas opposer une fin de non-recevoir péremptoire contre l'action même. (Cass. fr., 16 janvier 1816; Cologne, 17 novembre 1823, 30 juillet 1827, B. J., t. 17, 1383, et 22 décembre 1854, B. J., t. 17, 291; Gand, 9 décembre 1864, B. J., t. 23, 934; P., 1865, 66 et la note.) La fin de non-recevoir est à l'appréciation du juge et non impérativement imposée. (Bruxelles, 10 août 1874, 1re ch., P., 1874, 364; B. J., t. 32, 1155 et la note.) Les tribunaux ont la faculté d'autoriser la femme à s'absenter de sa résidence, si cela peut se faire sans porter atteinte à la décence et sans rendre plus difficile la surveillance du mari. (Bruxelles, 14 juillet 1859, B. J., t. 17, 1066.) La femme n'est

pas censée avoir abandonné le lieu de son domicile lorsqu'elle a suivi sa mère, dont la maison lui avait été indiquée pour résidence, et qui a transféré sa demeure dans une autre commune. (Cass., Berlin, 18 mai 1821, B. J., t. 17, 1383.)

436. 3° La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, peut, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance du président qui prescrit aux parties de comparaître en personne devant lui (n° 412), requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté légale ou conventionnelle. La femme non commune en biens, mais des effets mobiliers de laquelle le mari a l'usufruit et l'administration en vertu du contrat de mariage, a le même droit. Ces scellés ne peuvent être levés, contre la volonté de la femme, qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire (art. 270).

La femme ne peut demander et les tribunaux ne peuvent autoriser d'autres mesures conservatoires que celles indiquées dans cet article. Ainsi, le mari ne peut pas être contraint de fournir caution à raison des reprises que la femme pourrait exercer après le divorce; et il n'y a pas lieu d'ordonner le séquestre des objets de la communauté. (Bruxelles, 16 juin 1832 et 13 novembre 1847, P., 1832, 180; 1847, 345; B. J., t. 6, 74 et la note; Bruxelles, 6 août 1806; Colmar, 26 février 1808.) Le mari conserve pendant l'instance l'administration des biens de la communauté et de ceux de la femme; il peut donc former seul une demande en partage des successions mobilières à elle échues et qui tombent en communauté (Paris, 7 pluviôse an XII); et la femme ne peut pas faire des oppositions ou saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de la communauté. (Liége, 30 novembre 1824. Voy. la dissertation dans la *Belg. judic.*, t. 17, 1609; Bruxelles, 3 novembre 1870, P., 1871, 107. — En sens contraire, jugement du tribunal de Bruxelles, du 3 janvier 1857, B. J., t. 15, 238.)

L'apposition des scellés est même inutile si le mari consent à ce qu'il soit dressé immédiatement un inventaire détaillé des effets de la communauté. (Liége, 17 février 1847, P., 1847, 145; B. J., t. 6. 643.)

Mais si la dot de la femme ou sa part dans la communauté était en péril, elle pourrait en même temps intenter une demande en *séparation de biens*, et pour ce motif demander une caution ou même un séquestre, suivant les circonstances (art. 1443, 1445, 1180, 1961, 2°).

437. Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il a été fait mention au n° 412, sera déclarée nulle à l'égard de la femme, s'il est prouvé, d'ailleurs, qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme (art. 271). Mais ces actes ne sont pas nuls de plein droit; car la dissolution de la communauté résultant du divorce n'a pas d'effet rétroactif. (Voy. t. II, n° 717.) A l'égard des tiers, la validité de ces actes est régie par le droit commun de l'article 1167; ils ne sont donc pas nuls à leur égard si les tiers ont ignoré la fraude. (Jugement du tribunal de Bruxelles, du 23 janvier 1856, B. J., t. 14, 188 et la note.)

SECTION III.

DES FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION EN DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE (art. 272-274).

438. Dans les procès ordinaires, le juge peut statuer par le même jugement sur les fins de non-recevoir et sur le fond. En matière de divorce, le législateur veut autant que possible éviter les débats au fond. Il ordonne au juge de statuer d'*abord* sur les fins de non-recevoir, et, si elles sont fondées, de rejeter l'action en divorce (art. 246). Il faut distinguer les fins de non-recevoir des moyens de défense *au fond*. Les fins de non-recevoir qui peuvent prévenir les débats sur la demande en divorce ou en arrêter la continuation, sont : 1° l'absence d'une cause légale; 2° la réconciliation et la renonciation; 3° la prescription; 4° la chose jugée; 5° la litispendance; 6° le décès.

439. 1° Le juge doit avant tout examiner si la demande en divorce est fondée sur une cause admise par la loi; sinon il doit la rejeter (art. 246).

440. 2° La *réconciliation* des époux et la *renonciation* à la demande (art. 272, 273). La réconciliation emporte la renonciation à la demande. On ne peut pas renoncer au divorce avant que le fait qui pourrait y donner lieu se soit passé. Semblable renonciation serait nulle. (Liége, 25 juillet 1842, P., 1842, 24.)

La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation ou de la renonciation peut aussi être opposée dans le cas où la demande serait fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. (Zachariæ, § 477, n° 2; Demolombe, t. IV, 404.) La réconciliation ou la renonciation peut être expresse ou tacite. Elle peut avoir eu lieu *avant* ou *après* que la demande en divorce a été intentée, et même après le jugement prononcé; car l'époux qui l'a obtenu peut en tout temps renoncer à ses droits.

La fin de non-recevoir résultant de la réconciliation peut être proposée en tout temps et en tout état de cause, même en appel, parce qu'elle éteint l'action en divorce. (Liége, 28 décembre 1844, P., 1847, 350; cass., Darmstadt, 5 mai 1829; Cologne, 1er février 1843, B. J., t. 17, 1384; t. 1, 817.)

Il appartient au magistrat d'apprécier quels faits impliquent réconciliation. Ainsi, le retour dans la maison conjugale par la femme qui a demandé le divorce, la cohabitation des époux pendant le procès et la naissance d'un enfant peuvent, suivant les circonstances, être considérés ou ne pas être considérés comme des actes d'où résulte la réconciliation. (Bruxelles, 28 octobre 1843, B. J., t. 1, 1759, et 3 mai 1847, P., 1850, 270; B. J., t. 5, 673; Cologne, 21 mai et 6 août 1829; cass. de Darmstadt, 6 juin 1836, B. J., t. 17, 1384; Cologne, 1er février 1843, B. J., t. 1, 817.) De même le fait de la part des époux de régler les conditions d'une séparation amiable et l'exécution donnée à cette convention pendant plusieurs années n'impliquent pas nécessairement renonciation à l'action en divorce. (Bruxelles, 20 décembre 1864, P., 1865, 394.)

441. La réconciliation peut être prouvée soit par écrit, soit par témoins, de la manière dont se prouvent les causes du divorce (art. 274) (Cass. belge, 23 mai 1872, P., 1872, 348); elle peut être établie aussi par l'aveu du demandeur ou par son serment (n° 420, 1°). Il résulte de la disposition de l'article 274, que si le défendeur soutient que la réconciliation a déjà eu lieu

avant la demande en divorce, et qu'il veuille la prouver par témoins, il doit les désigner aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonne les enquêtes (art. 249; *suprà*, n° 417). Si le défendeur n'a pas alors nommé ses témoins, la preuve testimoniale de la réconciliation n'est plus recevable. (Liége, 24 mai et 13 octobre 1826.)

La fin de non-recevoir tirée de la réconciliation est inadmissible, s'il est établi que les causes sur lesquelles la demande en divorce est fondée étaient ignorées par le demandeur à l'époque où se sont passés les faits dont son conjoint veut faire résulter la réconciliation. (Liége, 4 janvier 1865, P. 1865, 233.)

442. Si, à raison de la réconciliation, le demandeur s'est abstenu de demander le divorce, ou s'il a été déclaré non recevable dans son action, il peut en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande (art. 273, 266). Il faut expliquer cette disposition en ce sens : quand même les nouvelles causes survenues depuis la réconciliation seraient, *à elles seules*, insuffisantes pour motiver une demande en divorce, elles pourraient, *jointes aux causes anciennes*, fournir un fondement suffisant à la demande. (Bruxelles, 9 août 1848, B. J., t. 12, 4; Cass., Darmstadt, 6 juin 1836, B. J., t. 17, 1385; Liége, 2 mai 1864, P., 1865, 17; Bruxelles, 10 août 1874, 3e ch., P., 1874, 361; Zachariæ, § 477, n° 8.) Il faut que les anciens faits et les faits nouveaux se rapportent à la même cause légale de divorce.

443. 3° La prescription ordinaire de trente ans (art. 2262). (Cologne, 21 février 1849, B. J., t. 17, 1383; Laurent, t. III, n° 215.) La question est controversée à cause de l'article 2253.

444. 4° L'exception de la chose jugée, si la demande est uniquement fondée sur des faits qui avaient été articulés à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps, mais qui a été précédemment rejetée. (Cologne, 30 mai 1837, B. J., t. 17, 1384.) Il faut aussi admettre l'exception de la chose jugée lorsque pour les mêmes faits pour lesquels l'époux demande actuellement le divorce, il a déjà obtenu la séparation de corps. Mais la séparation de corps ne fait pas obstacle à ce que l'époux qui l'a

obtenue demande le divorce pour des causes nouvelles. (Zachariæ, § 496, n° 2.)

445. 5° L'exception de litispendance. Si l'époux avait intenté une demande en séparation de corps, il ne pourrait pas, sans se désister, demander le divorce en même temps et pour les mêmes causes. *Electa una via excluditur altera*. Il ne peut pas non plus convertir la demande en séparation de corps en une demande en divorce, parce que les formalités requises pour l'une et pour l'autre diffèrent. Mais, *après le désistement* de la demande en séparation de corps, rien ne s'oppose à ce que le demandeur intente l'action en divorce. (Zachariæ, § 496, n° 3.) D'autres auteurs n'admettent pas la faculté de demander le divorce après le désistement de l'action en séparation de corps. (Toullier, t. II, 709; Aix, 27 novembre 1809.)

446. 6° L'action en divorce ne peut être intentée ni par les héritiers, ni contre les héritiers; la mort, qui dissout le mariage, éteint cette action. De plus, l'époux décédé sans agir est censé avoir pardonné les torts à son conjoint. Mais si l'action a été *intentée* du vivant des époux, peut-elle être continuée par les héritiers du demandeur ou contre les héritiers du défendeur? Cette question, controversée, présente de l'intérêt pour la révocation des avantages matrimoniaux (art. 299, 300), pour la garde des enfants (art. 302) et pour les dépens du procès (C. de procéd., art. 130). Il faut la résoudre négativement. Sans doute, il peut y avoir un intérêt pécuniaire à continuer l'instance. Mais le principal caractère de l'action est *personnel*, et elle a pour but la *dissolution* du mariage. Ce but est atteint par la mort de l'une des parties. Les conséquences accessoires de la demande ne sont pas assez importantes pour admettre la continuation d'un procès, que le législateur a toujours à cœur de prévenir ou d'éteindre. (C. fr., 5 février 1851, D., 1851, I, 49 et la note; voy. l'article dans la *Belgique judiciaire*, t. 17, 1281. En sens contraire : Zachariæ, § 478, n° 2; Duranton, t. I, 1167, édit. belge de 1841.)

Par le même motif, l'officier de l'état civil ne peut plus prononcer le divorce si l'un des époux était mort après le jugement qui l'aurait admis. L'article 264 ne peut plus être exécuté. Si c'est le demandeur qui est décédé, il ne peut plus se présenter; si c'est le défendeur, il ne peut plus être appelé. Le défendeur ne perd

donc pas les avantages matrimoniaux si la mort a empêché le demandeur de faire prononcer le divorce. (Cologne, 14 janv. 1826, B. J., t. 17, 1385. En sens contraire, Bruxelles, 26 avril 1806; Zachariæ, § 484, n° 4.)

Ce qui vient d'être dit de l'action en divorce s'applique à la demande en séparation de corps. (Voy. *infrà*, n° 483; Laurent, t. III, n° 356; Bordeaux, 27 janv. et 18 févr. 1873, D., 1874, 2, 207, et 1873, 2, 217.)

447. On peut opposer à la demande en divorce plusieurs moyens de défense au fond. Ainsi, l'exception consistant à dire que le fait illicite sur lequel la demande est fondée a été causé par le demandeur lui-même, par exemple, que le mari a consenti à l'adultère de la femme, n'est pas une véritable fin de non-recevoir, mais une défense au fond qui doit paralyser l'attaque (n° 400).

L'exception de *compensation*, c'est-à-dire le reproche de torts réciproques, adressé par le défendeur au demandeur, n'est pas non plus une fin de non-recevoir. (Cologne, 21 févr. 1849, B. J., t. 17, 1377.) Ainsi, lorsque la femme a été condamnée pour adultère, elle n'en est pas moins recevable à demander contre son mari le divorce du chef de sévices et d'injures graves. (Bruxelles, 8 juin 1850, P., 1850, 328, B. J., t. 8, 829; Cass. fr., 14 prairial an XIII; Brux., 20 déc. 1865, P., 1865, 380; Gand, 18 déc. 1873, P., 1874, 129; Demolombe, t. IV, 415.)

Mais les tribunaux peuvent prendre en considération la réciprocité des torts pour apprécier la gravité des faits qui servent de fondement à la demande. (Brux., 9 août 1848 et 7 nov. 1853, B. J., t. 12, 4, 1; Brux., 2 juin et 9 févr. 1858, B. J., t. 16, 1060, P., 1858, 342 et 1862, 285. Brux., 1er août 1860, B.J., t. 18, 1139; Gand, 2 août 1861, P., 1862, 176.)

Les tribunaux doivent aussi apprécier les torts réciproques pour décider les questions pécuniaires qui s'attachent au divorce, ainsi que la question des dépens (art. 299; C. de procéd., art. 130, 131).

L'objection contre la pertinence des faits que le demandeur veut prouver est aussi une défense au fond. C'est pourquoi le défendeur peut contester la pertinence des faits après le jugement d'admission. (Brux., 25 mars 1826, 2 juin 1858, P., 1858, 342, B. J., t. 16, 1060.)

CHAPITRE III.

DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

I. CONDITIONS REQUISES.

448. Les conditions requises concernent :

1° L'âge des époux. Le divorce par consentement mutuel n'est pas admis si le mari a moins de vingt-cinq ans ou si la femme est mineure de vingt et un ans (art. 275). Car il faut laisser aux époux le temps de se connaître et de s'éprouver, et ne pas admettre leur consentement lorsqu'on peut supposer qu'il est une suite de la légèreté de l'âge. (Locré, V, 303.)

Le consentement n'est plus admis lorsque la femme a quarante-cinq ans (art. 277). Les travaux préparatoires du code ne nous donnent aucun motif de cette disposition. Elle avait même été rejetée par vote du conseil d'État dans la séance du 14 nivôse an x (4 janvier 1802). (Locré, V, 230, n° 16.)

449. 2° La durée du mariage. Le consentement mutuel n'est admis qu'après deux ans de mariage (art. 276) pour le motif indiqué au n° 448; il n'est plus admis après vingt ans de mariage (art. 277). La loi n'admet plus l'incompatibilité d'humeur après une longue et paisible cohabitation. (Locré, V, 303.)

450. 3° Le consentement des père et mère, ou, à leur défaut, des autres ascendants vivants dont le consentement serait nécessaire au mariage suivant l'ordre déterminé par l'article 150 du code (art. 278). Comme le législateur est favorable au mariage et hostile au divorce, les règles sur le consentement des ascendants au divorce diffèrent en quelques points de celles prescrites pour le mariage.

Ainsi, le consentement des père *et* mère de chaque époux est nécessaire; en cas de dissentiment, celui du père ne suffit pas. (C. fr., 3 octobre 1810; Merlin, *Quest.*, v° *Divorce;* Toullier, t. II, 716.) De même si, à défaut des père et mère, il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, le divorce ne peut avoir

lieu, et, s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage n'emporte pas consentement (art. 283).

La loi requiert le consentement des ascendants *vivants*. La preuve du décès des père et mère et des aïeul et aïeule ne peut être établie que par l'*acte de décès*, ou suivant l'article 46 (nos 156-161), mais non de la manière prévue par l'avis du conseil d'État des 27 messidor-4 thermidor an XIII (no 285). D'après l'article 283, les *pères, mères, aïeuls* et *aïeules* des époux sont *présumés vivants* jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès. Les ascendants d'un degré plus éloigné, par exemple, les bisaïeuls, ne sont plus présumés vivants. Il n'est donc pas nécessaire de représenter l'acte de leur décès, s'il n'existe plus d'ascendants d'un degré plus proche; mais s'ils vivent encore, et s'ils sont les plus proches, il faut produire leur consentement.

Le consentement des ascendants doit être donné par acte authentique (art. 283, 3°).

II. DES MESURES PRÉLIMINAIRES QUI DOIVENT PRÉCÉDER LA PROCÉDURE EN DIVORCE.

451. Les époux déterminés à se divorcer par consentement mutuel sont tenus : 1° de faire préalablement *inventaire* et *estimation* de tous leurs biens meubles et immeubles (art. 279). Cette obligation incombe d'une manière absolue aux époux, sous quelque régime qu'ils soient mariés. Il ne peut être suppléé à cette formalité par un partage de la communauté ou par la preuve que les immeubles des époux se trouvent dans l'indivision avec des tiers. (C. fr., 3 octobre 1810.) Les enfants mineurs, issus de ce mariage, doivent intervenir à l'inventaire par un tuteur *ad hoc* à nommer par le conseil de famille, afin de sauvegarder les droits que leur attribue l'article 305. (Voy. *infrà*, n° 476.)

2° Ils sont tenus de régler leurs droits respectifs relativement à leurs biens, sur lesquels il leur est néanmoins libre de transiger (art. 279). La femme n'a pas besoin de l'autorisation de la justice pour faire cette transaction. Les époux ne peuvent pas recourir à la justice pour faire fixer leurs droits respectifs; tout doit se faire de gré à gré.

452. Avant de demander le divorce, les époux sont pareillement tenus de constater par écrit leur convention sur les trois points qui suivent :

1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé;

2° Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves;

3° Quelle somme le mari devra payer à sa femme si elle n'a pas des revenus suffisants pour fournir à ses besoins (art. 280).

Cette convention et les actes mentionnés au n° 451 peuvent être faits par acte authentique ou par acte sous seing privé, parce qu'ils acquièrent une authenticité suffisante par le dépôt que les époux doivent en faire entre les mains des deux notaires et du président du tribunal (art. 283).

III. DE LA PROCÉDURE A SUIVRE.

453. Les nombreuses formalités et les lenteurs de la procédure à suivre pour parvenir au divorce par consentement mutuel ont pour but d'éprouver la fermeté de la résolution des époux et, autant que possible, de les faire revenir de leur projet. Le consentement des deux époux doit persister jusqu'au bout; chacun doit se soumettre personnellement et volontairement à toutes les formalités que la loi impose. Du moment que l'un des époux ne prête plus son concours volontaire, la procédure ne peut plus continuer.

454. Les époux doivent se présenter ensemble et en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement ou devant le juge qui en fait les fonctions, et lui faire la déclaration de leur volonté en présence de deux notaires amenés par eux (art. 281). Le juge doit faire aux deux époux réunis et à chacun d'eux en particulier, en présence des deux notaires, telles représentations et exhortations qu'il croira convenables; il leur donne lecture du chapitre IV du titre *du Divorce,* qui règle *les effets du divorce,* et leur développe toutes les conséquences de leur démarche (art. 282).

455. Si les époux persistent dans leur résolution, le juge doit leur donner acte de ce qu'ils demandent le divorce et y consen-

tent mutuellement; et ils doivent produire et déposer à l'instant entre les mains des notaires :

1° L'inventaire estimatif de tous leurs biens;

2° L'acte par lequel ils ont réglé leurs droits respectifs sur leurs biens (art. 279);

3° La convention sur les trois points mentionnés dans l'article 280 (n° 452);

4° Les actes de leur naissance et celui de leur mariage;

5° Les actes de naissance et de décès de tous les enfants nés de leur union;

6° La déclaration authentique par laquelle leurs ascendants les autorisent à demander le divorce et à y consentir, ou bien les actes de décès de leurs ascendants (art. 283).

Le juge donne avertissement à la femme de se retirer dans les vingt-quatre heures dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé (art. 284).

Les notaires doivent dresser procès-verbal détaillé de la comparution des parties, des exhortations qui leur ont été faites par le juge pour opérer un rapprochement, de la remise des pièces qui doivent demeurer annexées à ce procès-verbal, et de l'avertissement donné à la femme de se retirer dans la maison convenue. Le juge reste étranger à ce procès-verbal, afin d'éviter toute espèce d'intervention judiciaire.

La minute de ce procès-verbal ainsi que les pièces produites restent au plus âgé des deux notaires (art. 284).

456. La déclaration des époux, ainsi faite, doit être renouvelée dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivront, en observant les mêmes formalités. Les parties sont obligées à rapporter chaque fois la preuve, par acte public, que leurs ascendants vivants persistent dans leur première détermination; mais elles ne sont tenues à répéter la production d'aucun autre acte (art. 285).

Par les « *mois qui suivront* », il faut entendre les espaces de quantième au quantième, à partir de la date de la première comparution, et non les mois du calendrier qui suivent le mois dans le cours duquel la première comparution a eu lieu. Ainsi, par exemple, si la première comparution a eu lieu le 20 janvier, la deuxième doit se faire entre le 21 avril et le 5 mai, et non, comme

on l'a soutenu, entre le 1er et le 15 mai, en considérant le mois de mai tout entier comme le quatrième mois qui a suivi le mois de janvier.

Si, dans l'intervalle entre deux comparutions, un ascendant est décédé, le consentement doit être donné par l'ascendant du degré suivant, selon l'ordre déterminé par l'article 150. (Zachariæ, § 483, n° 12.)

Les délais prescrits par l'article 285 doivent être strictement observés sous peine de nullité. Les déclarations des époux ne peuvent être renouvelées ni plus tôt, ni plus tard. (Cass. fr., 3 octobre 1810; Toullier, II, 723.)

457. Dans la quinzaine du jour où est révolue l'année, à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement, âgés de cinquante ans au moins, doivent se présenter ensemble et en personne devant le président du tribunal ou le juge qui en fera les fonctions; ils lui remettent les expéditions en bonne forme des quatre procès-verbaux contenant leur consentement mutuel, et de tous les actes qui y ont été annexés, et requièrent du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce (art. 286). Dans le cas où l'une des parties serait empêchée par maladie de se déplacer, le magistrat devrait se transporter chez elle (arg., art. 236).

Après que le juge et les assistants ont fait leurs observations aux époux, s'ils persévèrent, il leur sera donné acte de leur réquisition et de la remise par eux faite des pièces à l'appui; le greffier du tribunal dresse procès-verbal qui doit être signé tant par les parties (à moins qu'elles ne déclarent ne savoir ou ne pouvoir signer, auquel cas il en sera fait mention) que par les quatre assistants, le juge et le greffier (art. 287). Le juge doit mettre de suite, au bas de ce procès-verbal, son ordonnance portant que dans les trois jours il sera par lui référé du tout au tribunal en la chambre du conseil, sur les conclusions par écrit du procureur du roi, auquel les pièces doivent, à cet effet, être communiquées par le greffier (art. 288).

458. Si le procureur du roi trouve dans les pièces la preuve que toutes les conditions requises pour le divorce par consente-

ment mutuel sont réunies et que toutes les formalités de procédure prescrites par la loi ont été accomplies, il doit donner ses conclusions en ces termes : *La loi permet le divorce;* dans le cas contraire, ses conclusions doivent être conçues en ces termes : *La loi empêche le divorce* (art. 289).

IV. DU JUGEMENT ET DU RECOURS CONTRE LE JUGEMENT.

459. Le tribunal, sur le référé, ne peut faire d'autres vérifications que celles qui se rapportent à l'accomplissement des conditions requises et des formalités prescrites pour le divorce. S'il en résulte que, dans l'opinion du tribunal, les parties ont satisfait aux conditions et rempli les formalités déterminées par la loi, il doit admettre le divorce et renvoyer les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer ; dans le cas contraire, le tribunal doit déclarer qu'il n'y a pas lieu à admettre le divorce et déduire les motifs de la décision (art. 290).

L'esprit de la loi n'étant pas favorable au divorce, le juge doit veiller à la stricte observation de toutes les conditions et formalités qu'elle prescrit, et, en cas d'inaccomplissement, déclarer le divorce inadmissible (art. 289). (Cass. fr., 3 octobre 1810.)

Ainsi la production tardive de l'acte de décès de l'aïeul de l'un des époux entraîne la nullité de toute la procédure, encore que l'époux se serait *réservé* de faire cette production ultérieurement, et qu'à l'époque de la comparution l'aïeul dût avoir plus de 120 ans, et que son décès fût mentionné dans l'acte de décès de l'aïeule. (Turin, 20 septembre 1806.) La question est controversée. D'après une autre opinion, les actes de décès peuvent encore être valablement produits *après* la première déclaration. (Liége, 3 octobre 1834.) La première opinion est plus conforme à l'esprit de la loi et au texte des articles 289 et 290.

Par le même motif, le divorce ne peut pas être admis si *chacun* des quatre procès-verbaux de comparution dressés par les deux notaires ne contient pas la mention de la production et du dépôt des actes publics par lesquels les ascendants déclarent autoriser leur enfant à demander le divorce et à y consentir. (Bruxelles, 24 juin 1858, B. J., t. 16, 1210.)

460. L'appel du jugement qui a déclaré ne pas y avoir lieu à

admettre le divorce n'est recevable qu'autant qu'il est interjeté par les deux parties, et néanmoins par actes séparés, dans les dix jours au plus tôt, afin que les parties puissent mûrement peser leur résolution, et au plus tard dans les vingt jours de la *date*, et non de la *signification* du jugement de première instance (art. 291). Les actes d'appel doivent être réciproquement signifiés tant à l'autre époux qu'au procureur du roi du tribunal de première instance (art. 292).

L'appel n'est pas recevable s'il n'a été formé que par l'un des époux, parce qu'il est alors établi que l'autre époux ne persiste pas dans sa volonté de divorcer.

Le ministère public n'a pas le droit d'appeler.

Dans les dix jours, à compter de la signification qui lui a été faite du second acte d'appel, le procureur du roi du tribunal de première instance doit faire passer au procureur général en la cour d'appel l'expédition du jugement et les pièces sur lesquelles il est intervenu. Le procureur général donne ses conclusions par écrit dans les dix jours qui suivent la réception des pièces. Le président ou le juge qui le supplée fait son rapport à la cour d'appel, en la chambre du conseil, et il doit être statué définitivement dans les dix jours qui suivent la remise des conclusions du procureur général (art. 293). Toutefois, ces délais de dix jours sont simplement des règles pour les juges dont l'inobservation n'entraîne pas la nullité de la décision.

Si le jugement définitif déclare le divorce inadmissible, les époux peuvent immédiatement recommencer la procédure.

461. Peut-il y avoir recours en cassation dans cette matière? Rien ne s'y oppose. Le recours en cassation a été admis dans la procédure en divorce pour cause déterminée, et par analogie, on peut l'admettre ici. (Cass. fr., 3 octobre 1810.) Mais pour être recevable, il faut qu'il ait été formé par les deux époux. Comme la loi ne prescrit pas de délai, il faut admettre le délai de trois mois à partir de la date de l'arrêt et non de la signification (arg., art. 291). (Willequet, *Divorce*, p. 221-224.)

V. DE L'EXÉCUTION DU JUGEMENT.

462. En vertu du jugement ou de l'arrêt (car c'est par inadvertance que l'article 294 mentionne seulement l'arrêt) qui a ad-

mis le divorce, et dans les *vingt jours* de sa *date*, les parties doivent se présenter *ensemble et en personne* devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement demeure comme *non avenu*, sauf aux parties à recommencer la procédure. Le simple jugement d'*admission*, sans que le divorce ait été prononcé par l'officier de l'état civil, est sans effet pour les héritiers des époux.

Il ne suffit pas que l'un des époux fasse appeler l'autre pour entendre prononcer le divorce; ils doivent prouver, par leur présence, qu'ils persistent dans leur volonté mutuelle de divorcer. L'un des époux ne peut pas non plus se faire représenter par un mandataire (nº 140).

L'officier de l'état civil, après avoir prononcé le divorce, en dresse acte dans la forme indiquée au nº 431. Si l'un des époux est commerçant, le divorce doit être rendu public conformément à l'article 872 du code de procédure (nº 431).

CHAPITRE IV.

DES EFFETS DU DIVORCE.

I. DES EFFETS GÉNÉRAUX DE TOUT DIVORCE.

463. Le divorce prononcé par l'officier de l'état civil dissout le lien du mariage et fait cesser pour l'avenir tous les droits et obligations respectifs des époux. Ils peuvent contracter de nouveaux mariages. La femme ne peut plus porter le nom de son mari, à moins d'ajouter la qualification de *femme divorcée*, et elle cesse d'être sous sa puissance; elle peut donc s'obliger et ester en justice sans son autorisation. L'un des époux ne peut plus provoquer l'interdiction de l'autre, ni continuer l'instance en interdiction (art. 490). Les époux divorcés ne se doivent plus secours, assistance et aliments, sauf convention contraire en cas de divorce par consentement mutuel (nº 452), et sauf l'exception de l'article 301 (voy. *infrà*, nº 469). Leurs droits respectifs de se

succéder n'existent plus, pas même en faveur de l'époux qui a obtenu le divorce (art. 767). Leurs biens sont séparés et l'un n'a plus de droits sur les biens de l'autre.

464. A l'égard *des tiers*, les époux divorcés ne sont plus considérés comme mariés. Mais les liens de droit, établis avec des tiers pendant le mariage et par le mariage, continuent de subsister après le divorce. Ainsi, les époux divorcés conservent la puissance paternelle sur leurs enfants, et rien n'est changé aux droits de succession respectifs entre les enfants et leur père et mère. Le lien d'alliance et les empêchements de mariage qui en résultent, continuent également. Sur les empêchements de mariage résultant du divorce, voy. n° 304.

II. PARTICULIÈREMENT DES EFFETS DE CHAQUE ESPÈCE DE DIVORCE.

A. *Du divorce pour cause déterminée* (art. 299-304).

465 Ce divorce produit des effets : 1° relativement aux intérêts pécuniaires des époux divorcés; 2° relativement aux droits qu'ils avaient sur la personne et les biens de leurs enfants; et 3° spécialement pour la femme en cas d'adultère.

1. EFFETS RELATIVEMENT AUX INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX.

466. En principe, les époux doivent liquider leurs droits pécuniaires comme si le mariage avait été dissous par la mort de l'un d'eux. Toutefois, cette règle reçoit quelques modifications.

1° L'époux contre lequel le divorce a été admis, perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté (art. 299). Le motif de cette disposition est que celui qui a violé une convention, au point de donner à son cocontractant le droit d'en demander la résiliation, ne peut pas lui-même se prévaloir de cette convention pour en tirer profit. Elle a aussi un caractère pénal. Elle est applicable, quand même l'époux qui a fait l'avantage à son conjoint, aurait renoncé *d'avance* au droit de le révoquer en cas de divorce. Car cette renonciation, en supposant qu'elle se trouvât dans un contrat, assurerait d'avance l'impunité à l'époux coupable; elle se-

rait immorale et par conséquent nulle, comme le pacte *ne de dolo agatur*. (Fr. 7, § 14 D. *De pactis*, 2, 14; fr. 12 D. *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1; art. 1133, 1172.) Mais, *après* le divorce, l'époux innocent peut renoncer à la révocation de la donation. (Proudhon, t. I, p. 521.)

La disposition de l'article 299 ne s'applique pas à la part appartenant à l'époux coupable dans la communauté, ni à la dot; en les reprenant, il ne recueille pas un avantage; il reprend sa propriété. Toutefois, la stipulation de communauté universelle par suite de laquelle l'un des époux, qui n'a rien apporté en mariage, a acquis la propriété de la moitié des immeubles appartenant à l'autre, constitue pour le premier un avantage qu'il doit perdre si le divorce a été prononcé contre lui. (Cologne, 28 décembre 1843, B. J., t. 2, 1653. *Contrà* : Cass. belge, 29 octobre 1874, B. J., t. 33, 149; P., 1875, 7; Cologne, 9 mai 1876; Arch. Rhén., 67, I, 209.)

L'époux défendeur, condamné même par un jugement passé en force de chose jugée, ne perd pas les avantages qui lui ont été faits, si le demandeur n'a pas fait prononcer le divorce par l'officier de l'état civil (nos 429-431; 446). (Cologne, 26 novembre 1826, B. J., t. 17, 1385.) Cela résulte du texte de l'article 299 : « *le divorce ait lieu* ».

La règle de l'article 299 ne s'applique pas au cas de divorce prononcé en vertu de l'article 310. (Voy. *infrà*, n° 493.)

467. La révocation ne s'applique pas aux avantages qui ont été faits à l'époux coupable par un tiers, par exemple par un parent de son conjoint, si le tiers n'a pas stipulé le droit de retour pour le cas de dissolution du mariage, ou spécialement pour le cas de divorce. Le texte de l'article 299 est formel : *Il perdra tous les avantages que l'*AUTRE ÉPOUX *lui a faits.*

Quelques jurisconsultes, par exemple Delvincourt, sont d'un avis contraire; ils considèrent, après le divorce, la donation comme *sans cause*, puisque le mariage a été la *condition* sous laquelle la donation a été faite, et qu'après le divorce, c'est comme si le mariage n'avait pas été contracté. Cette opinion est contraire au texte de la loi et à l'intention du législateur, telle qu'elle résulte des discussions. Car, d'après la loi du 20 septembre 1792, § 3, art. 6, tous les dons et avantages faits à l'un des époux par

les parents de l'autre en vue du mariage, étaient éteints et non avenus, dès que le divorce était prononcé. Le Tribunat avait proposé de reproduire la même disposition dans le code civil; mais sa proposition n'a pas été admise. Au reste, la donation n'a pas été sans cause, puisque le mariage en vue duquel elle a été faite a été célébré, et les effets du mariage ainsi que les obligations qui en sont résultées continuent de subsister à l'égard des enfants. Enfin, la révocation opérée par le divorce est conforme aux principes du droit commun, à l'égard des donations faites entre les époux, parce qu'elle est fondée soit sur l'ingratitude du donataire, soit sur l'inexécution des conditions du contrat par lequel les époux s'étaient promis fidélité, secours et assistance mutuels; mais ce n'est pas envers le tiers ou envers les parents de son conjoint que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé a manqué à ses obligations ou a commis une ingratitude. La révocation par les tiers ne saurait donc être fondée sur une cause juridique.

468. 2° L'époux qui a obtenu le divorce conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu (art. 300). Il *conserve* les avantages, mais avec toutes les conditions, clauses et charges sous lesquelles ils ont été faits. Ainsi, il ne peut profiter des gains de survie qu'après le décès de son conjoint (art. 1452, 1518).

En règle générale, toutes donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables (art. 1096). Mais l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ne peut plus révoquer ces avantages, ni après le divorce, ni pendant l'instance en divorce. Car l'article 300 ne distingue pas; il veut que l'époux qui a obtenu le divorce conserve *les avantages à lui faits par l'autre;* il comprend donc aussi bien les avantages faits *pendant* le mariage que ceux faits *avant* le mariage. L'article 300 est le corrélatif de l'article 299, d'après lequel l'époux contre lequel le divorce a été admis perd tous les avantages faits par l'autre, soit par leur contrat de mariage, soit *depuis le mariage contracté*. Si l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pouvait révoquer ces avantages, l'autre ne les *conserverait* pas, comme le veut l'article 300. Les dispositions de ces deux articles ont une nature pénale. C'est à

partir de l'époque de l'ordonnance par laquelle le président du tribunal a enjoint aux époux de comparaître en conciliation devant lui, que ces donations sont devenues irrévocables (art. 238 et n° 412). (Proudhon, t. I, p. 521; Toullier, t. II, n° 743.) — Suivant d'autres jurisconsultes, elles ne sont irrévocables qu'après le divorce prononcé. (Zachariæ, § 486, n° 7. M. Laurent se prononce pour la révocabilité, t. III, n° 307.)

Il est évident que les dispositions testamentaires sont toujours révocables.

469. 3° Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne sont pas suffisants pour assurer la subsistance à l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal peut lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne peut excéder le tiers des revenus de ce dernier. Cette pension est révocable dans le cas où elle cesse d'être nécessaire (art. 301). Elle cesse aussi lorsque l'époux qui a obtenu le divorce a contracté un nouveau mariage, ou lorsque le débiteur ne peut plus fournir les aliments. Mais elle ne cesse pas par la mort du débiteur, car ce n'est pas une dette alimentaire ordinaire, c'est une indemnité due à l'époux innocent par l'époux coupable. (Toullier, t. II, 746.) La pension ne peut plus être demandée *après* le divorce, si elle n'a pas été accordée par le jugement qui l'admet; car, désormais, les époux sont considérés comme étrangers l'un à l'égard de l'autre. Toutefois, il ne doit être statué définitivement sur cette pension qu'après la liquidation entre les époux. (Gand, 16 juillet 1877, P., 1877, 330.)

2. EFFETS RELATIVEMENT AUX DROITS DES ÉPOUX SUR LA PERSONNE ET SUR LES BIENS DE LEURS ENFANTS (art. 302-304).

470. L'époux qui a obtenu le divorce est présumé sans reproche; c'est pourquoi les enfants doivent lui être confiés. Mais l'application stricte de cette règle pourrait, dans bien des circonstances, ne leur être pas avantageuse. L'article 74 du projet du code avait laissé à l'arbitrage de la famille le droit de les confier à l'autre époux ou même à une tierce personne. Mais l'expérience avait montré que les préventions et la haine dominaient souvent dans ces réunions de parents. C'est pour ce motif que la loi a

investi le tribunal du droit d'ordonner, *sur la demande de la famille* ou du *ministère public*, et en consultant le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne (art. 302). (Locré, V, 255, n° 22.) Le terme *famille* est synonyme de conseil de famille. (Cologne, 29 mars 1843, B. J., t. 2, 285; art. 267 et *suprà*, n° 429.) Si l'intérêt des enfants l'exige, le juge peut plus tard changer les dispositions qu'il a d'abord ordonnées. (Gand, 8 mai 1869, P., 1869, 297.) Quelle que soit la personne à laquelle les enfants ont été confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants et ils sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés (art. 303).

Le tribunal peut ordonner que l'époux auquel les enfants ne sont pas confiés aura le droit d'avoir avec les enfants des entrevues aux endroits et aux époques qu'il détermine. (Liége, 12 août 1869, P., 1870, 95.)

Lorsqu'un arrêt, réformant un jugement de première instance, confie à un tiers l'enfant des époux divorcés et condamne l'un de ces époux à payer les aliments, cet arrêt est pour le tiers un titre exécutoire, et les contestations sur le point de savoir s'il a accompli les obligations qui lui sont imposées sont de la compétence de la cour d'appel. (Cologne, 14 juillet 1865; Arch. Rhén. t. 60, I, 64.)

471. Mais le divorce transfère-t-il à l'époux qui l'a obtenu les droits résultants de la puissance paternelle?

Suivant Zachariæ, § 486, n°s 14 et suiv., les droits résultant de la puissance paternelle appartiennent à l'époux qui a obtenu le divorce, tout comme si l'autre conjoint était décédé, sauf les exceptions à faire par le tribunal conformément à l'article 302. En vertu de cette règle, l'époux qui a obtenu le divorce est le tuteur de ses enfants; il a toutes les obligations du tuteur; il faut lui nommer un subrogé tuteur. Si un des enfants veut se marier, il doit cependant demander le consentement à ses père et mère, mais le consentement de celui des deux époux qui a obtenu le divorce l'emporte. Le tribunal peut, sur la demande de la famille ou du ministère public, conférer à une tierce personne ou la tutelle, ou simplement le soin d'élever les enfants.

Suivant d'autres jurisconsultes, le jugement qui ordonne que les enfants mineurs seront confiés à l'un des époux plutôt qu'à l'autre, ou à un tiers, n'est qu'un acte de dépôt entre les mains les plus propres à surveiller leur éducation, mais il ne confère ni puissance paternelle, ni tutelle. Cette opinion est juste. Le divorce ne change rien aux droits du père ou de la mère; le premier conserve la puissance paternelle, la mère conserve le droit de succéder au père dans la puissance paternelle, en cas de survie. Car la loi ne donne à la mère la puissance paternelle qu'après la mort du père, et la tutelle ne s'ouvre qu'après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux (art. 381, 384, 390). Les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'*éducation* des enfants (art. 303). Ce qui prouve, d'ailleurs, que ce dépôt ne confère ni puissance paternelle ni tutelle, c'est qu'il peut être fait à une *tierce personne*, donc, aussi à une femme qui, en règle générale, ne peut pas être tutrice, si ce n'est de ses propres enfants (art. 442). De plus, si la première opinion était vraie, il s'ensuivrait que le père pourrait avoir la puissance paternelle sur quelques-uns des enfants, la mère sur d'autres, et peut-être une tierce personne sur d'autres encore (art. 302). En ce sens se prononcent Proudhon, t. I, p. 525; Toullier, t. II, n° 749; Demolombe, t. IV, n° 511; Laurent, t. III, n° 294.

472. La dissolution du mariage par le divorce ne prive les enfants nés de ce mariage d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois ou les conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y a d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ces droits se seraient ouverts, s'il n'y avait pas eu de divorce (art. 304). Les père et mère continuent d'être obligés à nourrir, à entretenir et à élever les enfants. Les droits pécuniaires des enfants restent les mêmes qu'avant le divorce; par exemple, si les père et mère des époux avaient fait une donation avec substitution, les droits des enfants substitués resteraient les mêmes après le divorce, mais ils ne s'ouvriraient qu'à l'époque déterminée par les auteurs de la substitution. Les droits assurés aux enfants en cas de décès de leur père ou mère ne s'ouvrent pas par le divorce.

473. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd la jouissance légale des biens de ses enfants âgés de moins de dix-huit ans (art. 386). C'est une pénalité. Si le divorce a été prononcé contre le père, ce n'est qu'*après sa mort*, et non de son vivant, que l'usufruit légal appartient à la mère (art. 384).

3. EFFET PARTICULIER DU DIVORCE PRONONCÉ POUR CAUSE D'ADULTÈRE.

474. La femme adultère doit être condamnée, sur la réquisition du ministère public, à l'emprisonnement dans une maison de correction, pour un temps qui ne peut être moindre de trois mois, ni excéder deux années. Cette condamnation doit être prononcée par *le même jugement* du tribunal *civil* qui admet le divorce, afin de mettre le plus tôt possible un terme aux débats auxquels l'adultère de la femme a donné lieu. Si le ministère public n'avait pas requis, ou si le tribunal n'avait pas prononcé la condamnation, la peine de l'emprisonnement ne pourrait plus être appliquée ensuite par le tribunal correctionnel (art. 298). (C. pén., art. 337; C. pén. b., art. 387; Locré, V, 278, n° 27; Zachariæ, § 494, n° 12; Demolombe, t. IV, n° 381.) La disposition de l'article 298 n'a pas été abrogée par les articles 179 du code d'instruction criminelle, 336 et 337 du code pénal (C. pén. b., art. 387-390). Ainsi le tribunal civil est toujours compétent pour prononcer cette condamnation, quand même elle n'aurait pas été expressément requise par le mari (Liége, 11 juill. 1833; Liége, 29 mars 1847, P., 1849, 258); car une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale. (*Contrà*, Liége, 6 mars 1819.) Mais l'article 298 ne fait pas obstacle à ce que le mari forme une plainte en adultère sans demander le divorce.

A cause de l'effet suspensif du pourvoi en cassation en matière de divorce, la condamnation pour adultère doit rester sans effet quant à l'emprisonnement, si le mari vient à décéder avant que la cour de cassation ait statué sur le pourvoi dirigé par la femme contre l'arrêt de condamnation. (Cass. fr., 17 juin 1813; voy. n° 446.)

Le mari qui a entretenu une concubine dans la maison conjugale doit être puni d'une amende de 100 francs à 2,000 francs.

(C. pén., art. 339.) Mais cette peine ne peut être prononcée que par le tribunal correctionnel.

En **Belgique,** d'après l'article 390 du code pénal de 1867, la *condamnation pour adultère* ne peut plus avoir lieu que sur la plainte de l'époux offensé. (Brux., trib. civ. du 9 mai 1868, B. J., t. 26, 747 et 779; Brux., arr. du 8 juin 1868, B. J., t. 26, 929, P., 1868, 268.)

La peine d'adultère du mari est de un mois à un an d'emprisonnement, dont la femme peut arrêter l'effet en demandant l'élargissement de son mari. (C. pén. b., art. 389.)

B. *Du divorce par consentement mutuel.*

475. Avant de procéder au divorce par consentement mutuel, les époux ont dû arrêter, par convention, quels seraient leurs droits respectifs sur les biens et à qui les enfants nés de leur union seraient confiés après le divorce (art. 279, 280; *suprà*, n°s 451, 452). Les époux n'ont pas pu déroger aux lois relatives à la puissance paternelle (art. 6, art. 1388), ni à celles qui règlent l'usufruit légal sur les biens des enfants âgés de moins de dix-huit ans. Cependant il faut admettre qu'ils peuvent tout à fait renoncer à cet usufruit ou régler entre eux la manière dont il sera exercé, sans pouvoir *attribuer le droit même* d'usufruit à celui d'entre eux qui ne l'a pas reçu de la loi. Ainsi, le *droit* à cet usufruit ne peut appartenir à la mère qu'après le décès du père (art. 384).

476. Afin d'empêcher que les époux ne procèdent au divorce par consentement mutuel, s'il n'est pas commandé à l'un et à l'autre par les causes les plus irrésistibles, la loi les a frappés d'un préjudice pécuniaire considérable. La propriété de la moitié des biens de chacun des époux, donc aussi des donations qui leur ont été faites conformément aux articles 1048, 1049 et 1082, est acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration (art. 281, n° 454), aux enfants nés de leur mariage; mais les père et mère conservent la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état; le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient avoir

été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère (art. 305, 304). Le traité que les époux ont dû faire avant leur première déclaration conformément aux articles 279 et 280 devient définitif. Le divorce a un effet rétroactif; c'est-à dire que les époux n'ont plus pu disposer de la moitié de leurs biens, à partir de leur première déclaration; mais le partage doit se faire sur le pied des biens existants au moment où le divorce est prononcé. Ainsi, la moitié des biens acquis pendant l'année d'épreuves appartient aussi aux enfants.

477. Les jurisconsultes sont divisés d'opinion sur la nature de la disposition qui précède, et notamment sur la question de savoir si elle peut priver de la réserve légale les enfants d'un premier lit. La loi ne fait pas dépendre de la condition qu'il n'y ait point d'enfants d'un premier mariage, l'acquisition de la moitié des biens au profit des enfants issus du mariage dissous par le divorce.

Suivant quelques jurisconsultes, cette disposition a tout à fait la nature d'une *peine* décrétée contre les époux, pour les détourner de divorcer, et à l'égard des enfants, c'est à titre d'*indemnité* que cette propriété leur est dévolue, pour compenser les dommages qu'ils souffrent d'être exposés à se voir abandonnés par leur père et mère; ce n'est donc pas à titre d'*héritier*, comme avancement d'hoirie qu'ils le reçoivent. Pour ce motif, les enfants d'un mariage *précédent* ou *postérieur* n'ont pas le droit d'entrer en partage de cette moitié, sortie définitivement du patrimoine de leurs parents; les enfants ne doivent pas rapporter ces biens à la succession de leur père ou mère (art. 843), et cette portion de biens ne doit pas être comptée pour estimer le montant de la quotité disponible de leurs successions (art. 922), par la raison que l'attribution de ces biens n'est point une libéralité des époux, mais un don de la loi. (Proudhon, t. I, p. 513-516; Zachariæ, § 487, n° 8.)

Selon d'autres jurisconsultes, la loi n'a pas voulu priver les autres enfants de la réserve légale; les enfants issus du mariage dissous jouissent, pendant la vie de leurs père et mère, de la moitié des biens qui leur est attribuée; mais à la mort de chacun d'eux, ils doivent rapporter ces biens à la masse de la succession jusqu'à concurrence de ce qui excède la *quotité disponible*. (Toullier,

t. I, 754.) Enfin, d'après d'autres, les enfants issus du divorce doivent rapporter ces biens à la succession de leurs père et mère, comme si c'était une donation ordinaire. (Martin, *Traité des successions*, n° 572; Willequet, *Divorce*, p. 286.)

La première opinion, quoique rigoureuse, est conforme aux textes de la loi. Le législateur ne s'explique pas sur la nature de l'attribution de la propriété faite aux enfants par l'article 305; mais elle ne peut tomber sous l'application ni des dispositions sur le rapport (art. 843, 844), ni de celles sur la réduction des dons et legs (art. 920, 925). Si le législateur avait voulu soumettre cette attribution de propriété soit au rapport, soit à la réduction, il n'aurait pas omis de le dire.

III. DE LA NULLITÉ DU DIVORCE.

478. Le divorce est nul : 1° s'il a été prononcé par un officier de l'état civil incompétent (n° 429); 2° s'il a été prononcé sans un jugement qui l'autorise; 3° s'il a été prononcé après les délais prescrits par la loi (art. 264, 294; n°s 429, 462); 4° s'il n'a pas été prononcé en présence du demandeur et le défendeur dûment appelé, ou en présence des deux parties en cas de divorce par consentement mutuel (art. 266, 294; n°s 431, 462); 5° s'il a été prononcé en vertu d'un jugement qui n'avait pas encore acquis force de chose jugée (art. 264). (Willequet, p. 290.) Cette opinion est controversée. D'autres n'admettent la nullité du divorce que dans le cas où le jugement, qui n'avait pas encore acquis force de chose jugée, a été réellement attaqué par une voie quelconque (Zachariæ, § 488, n° 2); 6° par identité de motifs il faut admettre que le divorce est nul lorsqu'il a été prononcé en vertu d'un jugement ou d'un arrêt qui était encore susceptible d'être attaqué par le pourvoi en cassation (en sens contraire, Liége, 21 juin 1822); 7° si l'acte de divorce dressé par l'officier de l'état civil est nul (n° 155). Arg. avis du conseil d'État des 11-18 prairial an XII (31 mai 1804).

Les nullités commises dans la procédure sont couvertes lorsque le jugement qui admet le divorce est passé en force de chose jugée.

479. L'action en nullité du divorce peut être intentée, soit par

les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont un intérêt. (Arg., art. 184.)

Elle peut aussi être intentée par le ministère public. Il est vrai que la loi ne lui attribue pas expressément ce droit, mais il est fondé sur l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, d'après lequel le ministère public poursuit d'office l'exécution des lois et des jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Or, les lois qui concernent le mariage et le divorce sont d'ordre public. (Willequet, p. 292; en sens contraire, Zachariæ, § 488, nº 4.) L'action du ministère public serait éteinte par le décès de l'un des époux. (Comparez nºs 355 à la fin et 358.)

Dans le cas où le divorce aurait été déclaré nul, le mariage n'a jamais cessé d'exister avec tous ses effets légaux, sauf les droits des tiers ou des époux eux-mêmes, s'ils avaient agi de bonne foi. Ainsi, par exemple, l'annulation du divorce ne s'oppose pas à ce que la seconde union contractée par l'un des époux divorcés produise à son égard tous les effets d'un mariage putatif.

CHAPITRE V.

DE LA SÉPARATION DE CORPS. (Art. 306-311.)

I. NOTION ET CAUSES DE LA SÉPARATION DE CORPS.

480. La séparation de corps ne rompt pas, mais relâche seulement le lien du mariage, et elle permet de le resserrer de nouveau ; le divorce rompt le lien du mariage et rend à chacun des époux la liberté d'en contracter un nouveau. Mais l'un et l'autre fait cesser *l'obligation des époux de vivre en commun.* On peut donc définir la séparation de corps : l'état des époux, entre lesquels l'obligation de vivre en commun, que leur imposait le mariage, a légalement cessé. (Code civ., art. 214.)

481. La séparation de corps ne peut être demandée que pour cause déterminée, et non par consentement mutuel. La séparation de corps n'est pas admise par le consentement mutuel des

époux, parce que le droit cânon ne l'admet pas pour ce motif. Or, la séparation de corps ayant été autorisée par le code, par respect pour la liberté de conscience des époux catholiques, il était inutile de l'admettre dans un cas désavoué par les principes religieux de ceux pour lesquels elle est établie. D'ailleurs, les époux qui veulent vivre séparés le peuvent sans l'intervention de la justice. Mais la séparation de corps emportant celle de biens le législateur a voulu écarter les dangers de fraude qui pouvaient résulter d'une séparation volontaire, dans laquelle les créanciers n'auraient pas pu intervenir. (Proudhon, t. I, p. 533; discours du tribun Gillet, n° 14; Locré, V, 391.) Les causes déterminées pour lesquelles elle peut être demandée sont absolument les mêmes et au même degré que celles pour lesquelles on peut demander le divorce. Si l'une de ces causes existe, il est libre aux époux d'intenter l'une ou l'autre action (art. 306, 307, *suprà*, n°s 400, 404).

II. DES FORMES DE LA SÉPARATION DE CORPS.

482. L'action en séparation de corps doit être portée devant le tribunal civil du domicile des époux. L'article 235 s'applique, par identité du motif, à cette action comme à celle en divorce (n° 410).

Les formalités de la procédure en divorce ne sont pas requises, car la séparation laissant subsister le lien du mariage, il ne fallait pas surcharger cette action des embarras et des sacrifices imposés à l'action plus grave en divorce. (Discours de Treilhard, n° 6; Locré, V, art. 401.) L'action en séparation de corps doit être intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, sauf les modifications suivantes, prescrites par le code de procédure.

Les époux doivent comparaître en personne devant le président du tribunal, qui doit chercher à opérer un rapprochement entre eux. Si c'est la femme qui demande la séparation, elle doit être autorisée à cet effet par le président du tribunal; mais cette autorisation est purement de forme, le président ne peut la refuser. La femme n'a pas besoin d'autorisation de son mari. La demande ne doit pas être précédée du préliminaire de conciliation devant

le juge de paix, la comparution en personne devant le président en tient lieu (code de proc., art. 875, 879).

Il faut aussi suivre la procédure ordinaire dans le cas où la demande en séparation est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante; la loi ne distingue pas. Les règles sur la preuve sont les mêmes qu'en matière de divorce, sauf les formalités des enquêtes, qui doivent se faire conformément au code de procédure. L'aveu du défendeur ne fait pas preuve, car ce serait un moyen indirect de faire une séparation par consentement mutuel. L'article 251 est applicable; il y a même raison. Si l'on admettait l'opinion contraire, on pourrait gêner la liberté des époux en les forçant indirectement à demander le divorce, à cause de l'impossibilité de prouver les faits sur lesquels est fondée la séparation. (Cologne, 12 avril 1866, Arch. Rhén., t. 60, I, 57 ; Caen, 28 janv. 1874, D., 1875, 2, 44.)

La séparation de corps est *l'effet immédiat du jugement* qui la prononce. Elle n'est pas prononcée par l'officier de l'état civil.

Un extrait du jugement de séparation doit être inséré sur un tableau exposé pendant un an dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, autrement la séparation ne peut pas être opposée aux créanciers des époux (code de procéd., art. 872, 880).

483. Les règles sur les *mesures provisoires et conservatoires* auxquelles peut donner lieu la demande en divorce, ainsi que celles sur les *fins de non-recevoir contre l'action en divorce,* sont généralement applicables à la demande en séparation de corps (art. 267, 274; nos 432, 438 et suiv.). (Cologne, 31 juillet 1828, B. J., t. 17, 1383; Gand, 9 juin 1866, P., 1868, 279.) Toutefois, l'article 269 et la fin de non-recevoir qui en résulte n'est pas applicable en matière de séparation de corps. (Gand, 9 déc. 1864, P., 1865, 66; Bruxelles, 23 juillet 1868, P., 1868, 326; Liége, 3 mai 1871, P., 1871, 256.)

La loi n'autorise pas le juge à ordonner une séparation temporaire à titre d'épreuve, comme dans les procès en divorce pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves (art. 259, 260, no 473). (Zachariæ, § 493, no 6.)

III. DES EFFETS DE LA SÉPARATION DE CORPS.

484. Le code n'a pas déterminé les effets de la séparation de corps. Cette matière présente des difficultés à cause de l'espèce de contradiction qui existe dans cette institution. C'est la continuation de l'existence du mariage *de droit* et sa dissolution *de fait*. Pour fixer les effets de la séparation, faut-il s'attacher plutôt aux conséquences résultant du mariage qu'à celles résultant du divorce? Faut-il suivre, oui ou non, l'analogie du divorce lorsque la loi n'y renvoie pas?

En l'absence de toute disposition positive, pour ne pas tomber tout à fait dans l'arbitraire, la voie la plus sûre, c'est de maintenir toutes les conséquences résultant du mariage, à l'exception : 1° de celles qui résultent de l'obligation de l'habitation et de la vie commune, parce qu'elle cesse par la séparation; et 2° de celles que le législateur a modifiées par une disposition expresse ou par une manifestation implicite et non équivoque de sa volonté.

A. *En ce qui concerne les rapports personnels des époux entre eux.*

485. 1. Les époux ne sont plus obligés de demeurer ensemble, la femme n'est pas tenue d'habiter avec son mari, elle peut même avoir un domicile réel distinct du sien (n° 195, 5°); son mari n'est plus obligé de la recevoir.

2. Les époux ne se doivent plus secours et assistance personnels parce qu'ils ne sont plus réunis; mais ils se doivent des aliments, sans distinguer si c'est la partie coupable ou la partie innocente qui en a besoin. (Gand, 11 août 1859, B. J., t. 17, 1500; Paris, 4 déc. 1875, D. 1876, 2, 209 et la note.)

3. La femme a besoin de l'autorisation maritale ou de la justice pour contracter ou pour ester en jugement; elle peut faire, sans autorisation, les actes d'administration de ses biens (art. 1449).

4. La femme séparée continue de porter le nom de son mari.

486. 5. Les époux se doivent toujours fidélité, et l'adultère de la femme peut être puni (art. 212; code pénal, 337; code pén. belge, art. 387). L'adultère du mari ne peut plus être puni parce qu'il n'y a plus de maison conjugale (code pén., art. 339).

6. La disposition de l'article 298, qui défend à l'époux coupa-

ble de se marier avec son complice, n'est pas applicable lorsque la séparation de corps a été prononcée contre l'un des deux époux pour adultère. La loi ne veut pas que le *divorce* procure à l'époux adultère le moyen de se marier avec son complice. Mais rien ne s'oppose à ce que cet époux se marie avec son complice, si plus tard le mariage vient à se dissoudre par la mort de son conjoint. (Bruxelles, trib. civ., 15 juin 1864, B. J., t. 23, 1249.)

7. La femme contre laquelle la séparation de corps est prononcée pour adultère doit être condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à l'emprisonnement dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne peut être moindre de trois mois, ni excéder deux années, sous la modification indiquée au nº 474. Le mari est maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme (art. 308, 309; code pén., art. 337; code pén. belge, art. 387). Le mari contre lequel la séparation a été prononcée doit être condamné, comme en cas de divorce, pour le même motif (nº 474).

487. La règle de l'article 312, portant que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari, continue d'exister pendant la séparation de corps, et le mari ne peut invoquer que les causes ordinaires de désaveu admises par les articles 312 et 313. Cette question est fortement controversée. On fait valoir, pour l'opinion contraire, de puissantes considérations morales; mais on s'appuie aussi sur des motifs erronés. Ainsi on dit que non-seulement le mari devrait subir la paternité qui est le résultat des désordres de la femme, mais que celle-ci pourrait même exiger que le mari la reprenne, puisque, si l'on admettait que l'enfant est du mari, il y aurait eu *réconciliation*. C'est une erreur. D'abord la naissance ou la conception d'un enfant, postérieurement au fait qui a donné lieu à la demande en divorce ou en séparation de corps, ne doit pas toujours être considérée comme la preuve de la réconciliation. Et puis la réconciliation devrait être *prouvée;* elle ne peut pas être *présumée* d'après un fait qui, lui-même, n'est qu'une présomption. La *présomption* de la *paternité,* qui est une nécessité parce que la *preuve* en est impossible, ne doit pas avoir d'autres effets que ceux que la loi y attache; et la loi n'y attache pas la présomption de la réconciliation (arg., art. 1349).

Quelque graves que puissent être les motifs que l'on invoque

contre la présomption de paternité, on ne peut les admettre. Cette présomption est un effet du mariage, et le mariage subsiste. La séparation de corps ne constitue pas une impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, elle n'est donc pas une cause de désaveu non plus. On peut dire sans doute que la présomption morale de la paternité s'affaiblit après la séparation de corps, mais la présomption *légale*, résultant de l'existence du mariage, reste tout entière.

Dans l'ancien droit, on admettait que la présomption de paternité avait cessé après la séparation de corps. Le projet du titre de la paternité et de la filiation, soumis au conseil d'État, renfermait une disposition ainsi conçue : « La présomption de paternité résultant du mariage cesse lorsque les époux ont été séparés de corps et de biens, à moins que, dans ce cas, il n'y ait réunion de fait et réconciliation entre eux. »

Mais cette disposition n'a pas été admise par le législateur. (Demolombe, t. IV, 503.)

En **France**, la controverse a été tranchée par la loi des 6-15 décembre 1850, ainsi conçue : « En cas de séparation de corps prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président rendue aux termes de l'article 878 du code de procédure, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux. »

B. *Effets en ce qui concerne les rapports des époux avec leurs enfants.*

488. La séparation de corps ne porte aucune modification à la puissance paternelle, ni aux droits que la loi accorde à l'un ou à l'autre des époux sur la personne et les biens des enfants. L'article 386, qui prive de l'usufruit légal l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, n'est pas applicable à la séparation de corps. Les dispositions pénales ne doivent pas être étendues et le texte de la loi se refuse à l'extension (art. 384).

Le père conserve aussi l'administration des biens de ses enfants mineurs (art. 389). La séparation ne change rien aux obligations réciproques entre les époux et leurs enfants.

489. Mais les articles 302 et 303 s'appliquent-ils à la séparation de corps? Tous les jurisconsultes admettent des modifications à la règle de l'article 374 qui dit que l'enfant ne peut pas quitter la maison paternelle sans la permission de son père; mais ils diffèrent sur l'étendue de ces modifications. Suivant les uns, le père qui *a obtenu* la séparation ne saurait jamais être privé de la garde de ses enfants; et le père, *contre lequel* la séparation de corps a été *prononcée*, peut être maintenu dans cette garde sans que le ministère public ou la famille le demande.

La plupart des jurisconsultes et la jurisprudence appliquent les articles 302 et 303 à la séparation de corps. Cette opinion, bien qu'elle semble être une exception à la règle générale sur les effets de la séparation de corps (n° 484) est juste. Car il ne s'agit pas ici de modifier les effets légaux du mariage relativement à la puissance paternelle ou aux *droits* des époux sur la personne ou les biens de leurs enfants; mais seulement de la *garde* ou du placement des enfants. La loi suppose que les enfants sont, au domicile conjugal, sous la garde des père et mère, tant qu'il y a un ménage, un foyer domestique. Mais quand il n'y en a plus, il s'agit de savoir où les enfants seront le mieux placés, et la nature même s'oppose à ce que ce soit toujours chez le père, de même que l'intérêt des enfants, pour lequel le législateur montre toujours beaucoup de sollicitude. La nécessité de pourvoir à la garde des enfants est une conséquence de la cessation de la vie commune et des causes qui y ont donné lieu. A cause de la situation particulière que la séparation de corps crée aux enfants, on ne peut pas apporter des restrictions au pouvoir discrétionnaire que l'article 302 donne aux tribunaux sans risquer de paralyser l'effet même de cette disposition. (Liége, 19 février 1852, B. J., t. 10, 1272; Cass. fr., 9 juin 1857, D. P., 1857, 1, 401; Bruxelles, 13 août 1868, B. J., t. 26, 1419 et la note; P., 1868, 320, et 9 août 1877, B. J., t. 35, 1365; Bruxelles, 24 février et Gand, 19 mars 1873, P., 1873, 156, et Gand, 18 déc. 1873, P., 1874, 129; Cass. fr., 22 janvier 1867, 29 juin 1868, 2 décembre 1873, D., 1867, 1, 333; 1871, 5, 352; 1874, 1, 433.)

C. *Des effets de la séparation de corps en ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux.*

490. 1. La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 311, 1441). Elle dissout la communauté conjugale. Le mari doit rendre à la femme les biens dont il avait la jouissance et l'administration, sous quelque régime que les époux soient mariés (art. 1441, 1531, 1563). Sur la question de savoir si le jugement de séparation a un effet rétroactif, voy., t. II, nº 717.

2. Les époux conservent réciproquement le droit de se succéder l'un à l'autre (art. 767). (Voy. *infrà*, nºs 1368 et 1369; Laurent, t. III, nº 353.)

3. La prescription ne court pas entre époux séparés de corps (art. 2253). La loi est générale; elle ne distingue pas. Il y a même un motif de plus, c'est de ne pas envenimer, par des poursuites judiciaires, une position que le législateur espère toujours voir cesser.

4. L'époux qui a obtenu la séparation de corps conserve ses droits au préciput de communauté, et on doit conclure de là, tant par argument *à contrario* de l'article 1518 que par l'assimilation de la séparation de corps au divorce dans ce cas, que l'époux contre lequel la séparation a été prononcée perd ses droits au préciput. L'époux qui a obtenu la séparation conserve aussi tous les autres avantages à lui faits par l'autre époux soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. Mais il ne peut faire valoir les droits de survie qu'après le décès de son conjoint (art. 1452).

491. 5. Une des questions les plus controversées est celle de savoir si l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée perd les avantages que son conjoint lui a faits par le contrat de mariage ou depuis le mariage contracté; en d'autres termes, si l'article 299 s'applique à la séparation de corps comme au divorce? Ou bien, si les avantages matrimoniaux sont au moins révocables pour cause d'ingratitude, en vertu de l'article 955? Plusieurs opinions sont formées :

1. Les donations entre époux ne sont ni révoquées de plein

droit en vertu de l'article 299, ni révocables en vertu de l'article 955. Les motifs de cette opinion sont :

Les dispositions de l'article 299 sont pénales, et ces pénalités ne doivent pas être étendues. Or, celles des articles 299 et 300 sont d'autant plus graves, qu'elles sont contraires à la condition de réciprocité sur laquelle reposent presque toujours les conventions matrimoniales. Ces deux articles ne s'appliquent textuellement qu'au divorce. L'identité des *causes* du divorce et de la séparation de corps, que le législateur *admet formellement*, ne permet pas de conclure à l'identité des *effets*, qu'il n'admet pas en règle générale, d'autant moins que, par la séparation de corps, le lien du mariage n'est pas dissous et qu'il y a connexité entre l'indissolubilité du lien conjugal et l'irrévocabilité des donations faites par le contrat de mariage. Chaque fois que le législateur a voulu étendre à la séparation de corps les effets du divorce, il l'a dit expressément, ainsi que le démontrent les articles 1441, 1452 et surtout 308. Il faut borner l'assimilation à ces cas. Les dispositions des articles 386 et 767 ne s'appliquent pas non plus à la séparation de corps. L'article 1518 ne peut pas être opposé, car il confirme encore que, toutes les fois que le législateur a voulu assimiler les effets de la séparation à ceux du divorce, il l'a dit spécialement. La combinaison de cet article avec les articles 386 et 767 prouve précisément que, si la séparation prive l'époux, contre lequel elle a été obtenue, du préciput, elle ne le prive pas de l'usufruit des biens de ses enfants, ni du droit de succéder à son conjoint; on peut donc, par la même raison, ne pas le priver des avantages matrimoniaux. De plus, après le divorce, chacun des époux peut se remarier; on ne peut donc pas laisser l'époux qui a obtenu le divorce vivre avec l'expectative que ses dons pourraient servir de dot à un second mariage et d'héritage à d'autres enfants. Ce danger n'existe pas ici, puisque l'époux séparé de corps ne peut pas se remarier. Enfin, la révocation des avantages est un obstacle à la réconciliation des époux.

Pour la non-révocabilité des donations pour cause d'ingratitude, on se fonde sur l'article 959, en comprenant, parmi les donations faites en faveur du mariage, non-seulement celles faites aux époux ou à l'un d'eux par un tiers, mais aussi les donations que les

époux se sont faites entre eux par le contrat de mariage. Ces donations rentrent sous la règle générale de l'irrévocabilité des donations et ne tombent pas sous les exceptions. (Gand, 10 juillet 1846, B. J., t. 4, 1423, P., 1846, 213; Cass., 20 mai 1847, B. J., t. 5, 742, P., 1848, 7, J. P. B., 1847, 187; Cologne, 12 février 1836 et 18 novembre 1846, B. J., t. 17, 1385; Luxembourg, C. d'appel, 23 novembre 1854, J. P. B., 1854, 504 et la note; Brux., 23 mai 1861, B. J., t. 19, 724, P., 1862, 115.)

492. 2. Une autre opinion repousse aussi l'application de l'article 299; mais, en vertu de l'article 955, elle admet la révocabilité des avantages que les époux se sont faits entre eux. La question de la révocabilité des donations n'a rien de commun avec les effets de la séparation de corps. Si l'on adopte l'opinion que les donations que les époux se *sont faites l'un à l'autre* tombent sous la règle de l'irrévocabilité de l'article 959, elles ne deviennent pas révocables par suite de la séparation de corps. Si, au contraire, on est d'avis que ces donations ne tombent pas sous l'application de l'article 959 et, qu'en principe, elles sont révocables pour cause d'ingratitude, conformément à l'article 955, elles pourront être révoquées par l'époux donateur en cas d'ingratitude, peu importe que la séparation de corps ait été demandée ou non; et l'on devrait admettre alors que l'époux donateur, *contre lequel* la séparation ou le divorce aurait été prononcé pourrait révoquer ces donations, si le donataire se rendait coupable d'ingratitude, même après le divorce ou la séparation de corps. Le siége de cette matière est au titre : *Des donations et testaments.*

493. 3. La troisième opinion admet la révocation de plein droit des donations faites à l'époux contre lequel la séparation a été obtenue, donc l'application de l'article 299 à la séparation de corps. Cette opinion est juste. En voici les motifs :

Il est bien vrai que la séparation de corps ne dissout pas le lien du mariage. Mais le *contrat de mariage* peut changer, bien que le lien du mariage continue. La loi reconnaît ce principe en admettant la séparation de biens pendant le mariage (art. 1441). Reste à savoir si le législateur a voulu admettre ce changement. Il l'a voulu. Car l'article 1518, en déclarant implicitement déchu de son préciput conventionnel l'époux contre lequel le divorce ou la

séparation de corps a été prononcé, démontre l'intention du législateur de faire de la déchéance des avantages stipulés entre les époux une conséquence de la séparation de corps, aussi bien que du divorce. Cet article présuppose la déchéance plutôt qu'il ne l'introduit, ce qui paraît indiquer une relation tacite à un principe général. Il fournit un argument *a fortiori*. Car le préciput est une *clause de communauté,* donc une véritable convention à titre onéreux (art. 1516). Si l'époux coupable perd l'avantage qui en résulte, il doit, à plus forte raison, perdre l'avantage d'une pure libéralité.

En admettant l'opinion contraire, on forcerait indirectement l'époux à demander plutôt le divorce que la séparation de corps; on le placerait entre sa conscience et son intérêt; si la première lui commandait de choisir la demande en séparation de corps, le second lui ferait préférer le divorce. De plus, dans l'opinion contraire, la combinaison des articles 299 et 310 produirait un résultat impossible. D'après la généralité des termes, on devrait appliquer l'article 299, qui dit : « *Pour quelque cause que le divorce ait lieu,* » aussi au cas où l'époux, contre lequel la séparation a été prononcée, aurait demandé le divorce en vertu de l'article 310. Ce serait donc *lui,* l'époux coupable, qui conserverait les avantages matrimoniaux et son conjoint innocent les perdrait! Les partisans de l'opinion contraire eux-mêmes rejettent cette conséquence, et avec raison.

Ainsi, il a été jugé différentes fois que l'époux demandeur en séparation de corps qui laisse, après trois ans, prononcer contre lui le divorce à la demande du défendeur originaire, ne perd pas ses avantages matrimoniaux. (Brux., 19 avril 1864, confirmatif d'un jugement de Bruxelles du 23 juill. 1863, et Cass. B., 24 mars 1865, B. J., t. 21, 1142, et t. 22, 890, P., 1864, 2, 301, et 1865, 1, 147.)

Mais si l'on n'admet pas, malgré les termes formels de l'article 299, que dans ce cas l'époux *défendeur* en divorce perde ses avantages matrimoniaux, on peut encore moins les faire perdre à son conjoint *demandeur* en divorce après trois années de séparation, comme le fait le jugement du tribunal de Bruxelles du 9 avril 1859 (B. J., t. 17, 581). Car si les torts à raison desquels il a été condamné à la séparation ne l'ont pas privé de ces avan-

tages, la demande en divorce de sa part ne constitue pas un tort nouveau. C'est un droit sur l'exercice duquel les auteurs du code se sont même exprimés avec bienveillance. Si l'opinion que nous combattons était juste, chacun des époux devrait conserver ses avantages matrimoniaux dans le cas de divorce prévu par l'article 310.

La règle, que les pénalités ne doivent pas être étendues, plie ici devant le texte clair de l'article 1518. Enfin, dans l'ancienne législation, l'époux qui avait obtenu la séparation de corps pouvait faire prononcer la révocation des donations qu'il avait faites à son conjoint.

En **France**, la jurisprudence adopte presque généralement cette opinion depuis l'arrêt de la cour de cassation du 23 mai 1845, rendu en audience solennelle. (D. P., 1845, 1, 225, J. P., 1845, 1, 625; Caen, 29 janvier, et Chambéry, 4 mai 1872, D., 1872, 2, 159; 1873, 2, 129; Besançon, 28 avril 1875, D., 1878, 2, 63) C'est aussi le système de la plupart des auteurs. (Demol., t. IV, n° 526. *Contrà,* Laurent, t. III, n° 354.)

IV. DE LA CESSATION DE LA SÉPARATION DE CORPS.

494. La séparation de corps cesse par la réunion de fait des époux. Cette réunion peut avoir lieu sans intervention du juge et sans que les époux accomplissent aucune formalité.

La séparation ne peut pas cesser par la seule volonté de l'époux qui a obtenu le jugement. (Angers, 19 avril 1839, et Cass. fr., 3 février 1841, J. P., 1839, 1, 663; 1841, 1, 276.)

Cette question est controversée. Pour l'opinion contraire, on dit que chacun est libre de renoncer à son droit; que l'époux qui a succombé ne peut pas se faire un titre du jugement qui le condamne; que l'article 309 donne au mari le droit de reprendre sa femme et que, d'après l'article 310, l'époux, originairement demandeur, peut faire cesser la séparation par sa seule volonté. (Zachariæ, § 495, n° 2.)

Mais, s'il est vrai que chacun peut renoncer à son droit, il n'est pas exact de dire que celui qui a obtenu un jugement prononçant la résiliation d'une obligation puisse, en renonçant à l'effet du jugement, exiger l'exécution de l'obligation primitive. Le jugement

fixe de nouveau les droits respectifs des parties. Il ne résulte pas de l'article 309 que le mari puisse reprendre sa femme *sans le consentement de celle-ci*. Quant à l'article 310, il n'est pas décisif. Il prouve seulement que l'époux *contre* lequel la séparation a été prononcée n'est pas *obligé de rester dans cet état*, qui n'est ni le mariage, ni le divorce, si son conjoint ne consent pas à le faire cesser; mais cet article ne prouve nullement que cet époux soit obligé de se réunir à son conjoint, lorsque ce dernier voudra faire cesser la séparation. (Demolombe, t. IV, n° 532.)

La réhabilitation de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée pour condamnation à une peine infamante ne fait pas cesser la séparation de corps. Mais la révision du procès et l'acquittement de l'époux, qui en a été la suite, ont pour effet d'anéantir de plein droit la séparation.

495. La cessation de la séparation de corps rend au mariage tous ses effets primitifs; mais elle ne rétablit pas de plein droit la communauté des biens, laquelle ne peut être rétablie que par un acte passé devant notaire dans la forme des contrats de mariage (art. 1451). Les donations que les époux s'étaient faites par le contrat de mariage peuvent être rétablies de la même manière que la communauté des biens. L'article 1451 doit être appliqué à toutes les conventions matrimoniales. Le contrat de mariage est indivisible; toutes les clauses s'y tiennent. Les époux réconciliés peuvent continuer de vivre sous le régime de séparation de biens que la séparation de corps avait créé; ou ils peuvent rétablir leur ancien contrat de mariage; mais alors il faut que ce contrat soit rétabli *en son entier*, avec toutes ses clauses et conditions (art. 1451, alin. 4), autrement il y aurait un changement du contrat de mariage, prohibé par l'article 1395. Les donations rétablies conservent alors le caractère qu'elles avaient primitivement; elles ne doivent pas être considérées comme des donations faites pendant le mariage, et ne sont par conséquent pas révocables.

Si de nouvelles causes de séparation de corps surviennent, l'époux qui l'a obtenue une première fois peut la demander de nouveau et invoquer alors les faits qui ont donné lieu à la première demande (art. 273).

APPENDICE.

DE LA RECONVENTION EN MATIÈRE DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS.

---

496. Les deux époux peuvent être fondés à intenter une demande en divorce ou en séparation de corps. Bien que ces deux demandes tendent au même but, les effets du jugement qui admet le divorce ou la séparation peuvent différer pour chacun des époux, selon qu'il a été prononcé *contre lui* ou en *sa faveur*. Chacun des époux a donc intérêt à être demandeur dans ces procès et à *obtenir* le jugement. Il est possible que l'un des époux, quoique ayant des motifs légitimes, ne veuille pas prendre l'initiative de la demande et qu'il ne s'y décide que lorsque son conjoint a déjà commencé à le poursuivre. Dans ce cas, l'époux poursuivi peut-il agir *par reconvention* contre son conjoint? Peut-il demander dans la même instance que le juge prononce le divorce ou la séparation, mais *contre* l'époux, qui était originairement défendeur?

Quand le divorce ou la séparation aurait été prononcé, l'époux poursuivi, qui avait aussi de justes motifs pour faire la même demande, ne pourrait plus faire valoir son droit. Il faut donc admettre que l'époux, défendeur originaire en divorce ou en séparation, puisse agir par *reconvention* dans la même instance et exiger que le juge statue sur les deux demandes par le même jugement.

La reconvention peut être fondée sur une cause identique ou sur une autre cause que la demande principale; elle peut être fondée sur une cause antérieure ou postérieure à cette action.

497. Mais en quelle forme la reconvention doit-elle être intentée? Il faut distinguer trois cas :

1° A la demande en séparation de corps le défendeur oppose la demande en divorce; ou à l'action en divorce il oppose l'action en séparation de corps. Ces deux actions ont un objet différent et sont soumises à des formes de procédure différentes. Chacune de

ces actions doit être intentée et instruite dans la forme qui la régit spécialement. Elles ne peuvent être jointes pour être l'objet d'une seule instruction; car l'action en divorce ne peut pas suivre la procédure ordinaire, et l'action en séparation de corps ne peut pas être soumise aux formes spéciales de la procédure en matière de divorce. Le juge peut statuer sur ces demandes par jugements séparés. (Bruxelles, 14 février 1846, P., 1846, 56; B. J., t. 4, 506.) Toutefois, rien ne s'oppose à ce que, lorsque l'instruction des deux demandes est achevée, le tribunal les déclare connexes et statue sur toutes les deux par un seul et même jugement, ou que la cour fasse la même chose en appel, si cela n'a pas eu lieu en première instance. (Bruxelles, 4 août 1847, P., 1847, 263; B. J., t. 6, 640.)

498. 2° A la demande en divorce le défendeur oppose reconventionnellement une demande en divorce. La reconvention peut-elle être formée au cours de l'instance, comme une demande incidente, par un simple acte, conformément à l'article 337 du code de procédure, ou bien doit-elle être formée comme une demande principale, d'après les règles tracées par le code civil? La procédure en divorce étant réglée par le code civil et non par le code de procédure, l'article 337 de ce code n'y est pas applicable. Le code civil ne prévoit pas le cas d'une demande reconventionnelle; elle doit donc être intentée et instruite comme une action principale en divorce. Les règles de procédure prescrites par le code civil sont incompatibles avec la formation d'une demande par un simple acte. Car, avant de s'occuper du fond de la reconvention, le tribunal doit rendre un jugement sur l'admission de cette demande. Cela est d'autant plus vrai, que l'action reconventionnelle peut reposer sur une cause tout à fait différente de celle de l'action principale. (Bruxelles, 7 août 1852, P., 1852, 339; B. J., t. 10, 1241 et la note; J. P. B., 1852, 311.)

La reconvention est recevable même après le jugement d'admission de la demande originaire en divorce. Aucune disposition de la loi ne s'y oppose. De plus, il se peut que le défendeur ait précisément voulu faire dépendre sa demande reconventionnelle de l'admission de la demande principale. (Laurent, t. III, n° 272. *Contrà,* Cologne, 30 mai 1833, B. J., t. 17, 1379.) Comme dans le cas précédent (n° 497), le tribunal peut joindre les deux ac-

tions; mais il n'est pas obligé de le faire. Ainsi, il peut statuer sur la demande originaire par un jugement séparé, et il devrait le faire, si manifestement la reconvention n'avait été formée que pour retarder le jugement sur l'action principale.

499. 3° Une demande en séparation de corps, opposée à une demande originaire en séparation de corps, peut-elle être formée par simple acte de conclusions, conformément à l'article 337 du code de procédure? Cette question est plus difficile, parce que la procédure en séparation de corps est, sauf en ce qui concerne l'essai de conciliation, soumise aux règles ordinaires sur les actions civiles. La question se réduit donc à savoir si la demande reconventionnelle doit être précédée de l'essai de conciliation prescrit par les articles 875 et suivants du code de procédure. Pour la négative, on dit que toute cette procédure étant régie par le droit commun, le préliminaire de conciliation n'est pas plus exigé pour cette demande reconventionnelle que pour toute autre demande incidente; que les articles 875 et suivants n'ont apporté aucune dérogation au droit commun sur ce point, et qu'ils ont pour but, dans les mesures qu'ils prescrivent, de remplacer, pour la séparation de corps, la citation en conciliation devant le juge de paix, par la comparution devant le président du tribunal; qu'au surplus, une nouvelle tentative de conciliation est inutile, puisque la première comparution n'a abouti à aucun résultat. (Demolombe, t. IV, n° 436; Liége, 5 août 1858, P., 1859, 175; B. J., t. 16, 1474; Cass. fr., 27 mai 1846, J. P., 1846, t. 2, 82 et la note; Liége, 31 décembre 1828; Liége, 19 février 1874, P. 1874, 171; Cass. fr., 2 décembre 1873, D., 1874, 1, 433.) Dans l'espèce de ce dernier arrêt, les formalités prescrites par les articles 875 et suivants avaient été accomplies par le demandeur en reconvention.

L'opinion contraire nous semble mieux fondée. Car la tentative de conciliation qui doit précéder l'action en séparation de corps a une forme et un caractère spécial. Elle a lieu à huis clos devant le président du tribunal, et le législateur, soucieux de prévenir les ruptures entre époux, attache une plus grande importance à sa réussite. Elle ne tombe donc pas sous l'application de l'article 337 du code de procédure. De plus, un nouvel essai de conciliation peut être utile; car les représentations que le président

du tribunal a faites aux époux n'ont pu rencontrer les faits dont s'appuie la demande reconventionnelle. Le demandeur originaire, à son tour poursuivi pour des causes qu'il supposait peut-être inconnues à son conjoint, et exposé à perdre les bénéfices de son action, peut se montrer plus disposé à la réconciliation qu'au début du procès. (Rennes, 26 décembre 1820.)

500. La reconvention ne peut pas être intentée en instance d'appel; l'article 464 du code de procédure s'y oppose : « Il ne sera formé, en cause d'appel, dit-il, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation ou que la demande nouvelle ne soit la *défense* à l'action principale. » Or, il ne peut pas y avoir une *compensation* de torts en cette matière (n° 447), et la reconvention n'est pas une simple *défense* contre l'action originaire; elle tend à faire prononcer contre le demandeur principal la condamnation que celui-ci voulait obtenir contre le défendeur. Elle a donc un autre objet que l'action principale. (Voy. conf. Liége, 4 décembre 1867, B. J., t. 26, 300. *Contrà*, Demolombe, t. IV, 437, et Aix, 11 août 1875, D., 1876, 2, 134).

501. Par suite de la reconvention, le divorce, ou la séparation de corps, peut être prononcé *contre les deux époux* à la fois. Dans ce cas, tous les effets préjudiciables du divorce ou de la séparation de corps dont la loi frappe l'époux *contre* lequel le jugement a été obtenu ont lieu à l'égard des deux époux. Ainsi, ils perdraient tous les deux les avantages stipulés par le contrat de mariage ou depuis le mariage contracté; ils seraient tous les deux déchus de l'usufruit légal des biens de leurs enfants et privés de la garde de leurs enfants; les dépens seraient compensés. (Besançon, 28 avril 1875, D., 1878, 2, 63.) Mais si le divorce ou la séparation de corps était admis contre les deux époux pour cause d'adultère, le tribunal ne pourrait pas prononcer contre la femme la peine de l'emprisonnement en vertu des articles 298 et 308 du code civil (code pénal, art. 336 et 339). (Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code Napoléon*, p. 142-143.)

TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

INTRODUCTION.

502. Ce titre traite non-seulement de la paternité, mais aussi de la maternité.

Le rapport qui existe entre une personne et les auteurs de ses jours, et qui est exprimé par les termes correlatifs de paternité ou maternité et de filiation, a reçu la sanction de la loi ; il est le fondement de la famille et une cause de droits et d'obligations réciproques.

On distingue : 1° la parenté purement naturelle ; elle résulte de la procréation ; 2° la paternité civile et naturelle à la fois ou *légitime;* elle résulte de la procréation en mariage ou de celle qui est considérée comme ayant eu lieu en mariage ; 3° la paternité purement civile ou fictive ; elle résulte de l'adoption.

CHAPITRE I.

DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES OU NÉS DANS LE MARIAGE.
(ART. 312-318.)

I. RÈGLES GÉNÉRALES.

503. Pour qu'un enfant soit légitime, il faut la réunion des quatre conditions suivantes : 1° un mariage valable ; 2° la maternité de la femme ; 3° la paternité du mari ; 4° la conception de l'enfant pendant le mariage (art. 312, alin. 1). L'intitulé de ce chapitre : *De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage* n'est donc pas rigoureusement exact, puisqu'il y a aussi des enfants *légitimes* qui ne sont pas *nés dans le mariage.*

Des quatre conditions mentionnées, les deux premières seules peuvent être *prouvées;* quant à la *paternité* et à la *conception* pendant le mariage, la loi établit des *présomptions,* parce que la *preuve* en est impossible.

La loi présume que l'enfant *conçu pendant le mariage* a pour père le mari. Mais il peut être difficile de déterminer l'époque *même* de la conception. Car l'enfant peut être conçu pour ainsi dire sur les limites du mariage; il peut être né *pendant* et conçu *avant* le mariage; comme il peut être né *après,* et conçu *pendant* le mariage. La loi établit aussi des présomptions en ce qui concerne l'*époque* de la conception et la durée de la gestation.

Il faut donc examiner l'état : 1° de l'enfant conçu et né pendant le mariage; 2° de l'enfant conçu avant et né pendant le mariage; 3° de l'enfant né après la dissolution du mariage.

II. RÈGLES SPÉCIALES AUX DIFFÉRENTS CAS DE NAISSANCE.

A. *De l'enfant conçu et né pendant le mariage.*

504. La loi, en suivant l'opinion des physiologistes les plus accrédités, présume que la gestation la plus courte est de 180 jours, et que l'enfant qui naît moins de 180 jours après sa conception n'est pas viable. Cette présomption est *juris et de jure;* elle exclut toute preuve du contraire, parce qu'elle est fondée sur une loi de la nature. De là il suit que l'enfant qui naît viable avant que le mariage ait duré 180 jours a été nécessairement conçu *avant* le mariage (art. 312, alin. 2, 314).

De l'autre côté, la loi présume que la gestation la plus longue est de 300 jours, et que l'enfant ne peut pas naître plus de 300 jours après sa conception. Cette présomption aussi est *juris et de jure,* pour le même motif que la précédente. De là il suit que l'enfant qui naît plus de 300 jours après la dissolution du mariage n'a pas été conçu pendant le mariage (art. 312, alin. 2, 315).

Il résulte de la combinaison de ces deux règles que la conception peut et doit nécessairement tomber dans l'intervalle des 120 jours qui se sont écoulés depuis le 300e jusqu'au 180e jour *avant* la naissance de l'enfant, et qu'elle est possible à chaque instant de cet intervalle de temps; et, par voie de conséquence,

il en résulte aussi que, si dans cet intervalle le mari a été dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme, il ne peut pas être le père de l'enfant ; que l'enfant ne peut donc pas être légitime.

En droit romain, la gestation la plus courte était censée être de six mois ou 182 jours (fr. 12, D. *De statu hominum,* 1, 5 ; fr. 3, § 12, D. *De suis et legitimis,* 38, 16) ; et la gestation la plus longue, de dix mois (fr. 3, § 11, D. *eodem ;* fr. 29, pr. D., *De liberis et posthumis,* 28, 2 ; l. 4, C. *De posthumis hæredibus,* 6, 29). Ces règles étaient suivies par l'ancienne jurisprudence en France et en Belgique.

505. Comment faut-il compter les 180 jours de la gestation la plus courte et les 300 jours de la gestation la plus longue ?

Différents systèmes ont été proposés :

1° Il faut comprendre dans les 180 jours le *dies a quo,* c'est-à-dire le premier des 180 jours est le jour de la célébration du mariage ; si entre ce jour et celui de la naissance il y a 178 jours francs, l'enfant est présumé conçu pendant le mariage. Des exemples feront mieux comprendre ces systèmes que les formules abstraites. Ainsi, dans une année commune (non bissextile) le mariage a été célébré le 1er janvier ; c'est le premier jour du mariage. L'enfant est né le 29 juin, c'est le 180e jour ; il est censé conçu pendant le mariage.

S'il faut juger la légitimité de l'enfant né après la dissolution du mariage, *il ne faut pas comprendre* le *dies a quo* dans les 300 jours ; donc le premier des 300 jours est le *lendemain* de la dissolution du mariage, et la conception est encore présumée avoir eu lieu pendant le mariage, s'il y a 299 jours complets entre le jour de la dissolution et celui de la naissance de l'enfant. Par exemple, le mariage a été dissous le 1er janvier ; ce jour ne compte pas. Le *lendemain,* 2 janvier, est le premier jour du délai. L'enfant est né le 28 octobre ; il est censé encore conçu dans le mariage.

Cette opinion se fonde sur le texte de l'article 314 portant : « *l'enfant né avant le 180e jour du mariage ne pourra être désavoué,* etc. » Or, le jour de la célébration est le *premier* jour du mariage, et la conception est déjà possible. Puis sur les mots de l'article 315 : « *né trois cents jours après.* » Cette opinion invoque en outre la faveur due à la légitimité de l'enfant.

2° Le *dies a quo* doit *toujours* être compris dans le délai, tant

pour compter les 180 jours, que pour compter les 300 jours. Par exemple : le mariage a été célébré le 1er janvier; c'est le premier jour du délai. L'enfant né le 29 juin, qui est le 180e jour, est conçu dans le mariage. Ou bien le mariage a été dissous le 1er janvier; c'est le premier jour du délai. L'enfant né le 28 octobre, qui est le 301e jour, n'est pas conçu pendant le mariage; pour l'être, il aurait dû naître le 27 octobre. (Toullier, t. II, n° 792.)

3° Il faut *exclure* le *dies a quo* dans *toutes* les supputations; ainsi dans le premier cas, il faut 179 jours complets entre celui de la célébration et le jour de la naissance; dans le second cas, il faut un intervalle complet de 299 jours entre celui de la dissolution du mariage et celui *de la naissance*. Ainsi le 1er janvier, jour de la célébration du mariage, ne compte pas. L'enfant est né le 29 juin, c'est-à-dire le 179e jour du mariage; il n'est pas conçu pendant le mariage. Il serait présumé conçu pendant le mariage s'il était né le 30 juin.

Ou bien, le 1er janvier, le mariage s'est dissous. Ce jour ne compte pas. Le 28 octobre, donc le 300e jour, l'enfant est né; il est présumé conçu pendant le mariage. (Zachariæ, § 546; Demolombe, t. V, 19.)

4° Les juges ont le pouvoir de rechercher s'il y a eu 300 jours ou 180 jours entiers écoulés, en les comptant, non pas de minuit à minuit, mais, autant que faire se peut, d'*heure à heure*, et cela depuis — le mariage (art. 314) — ou sa dissolution (art. 315) — ou l'impossibilité physique de cohabitation — ou enfin la cessation de cette impossibilité (art. 312). (Valette, *Explic. sommaire du premier livre du code Napoléon*, p. 167.)

Cette dernière computation n'est pas incompatible avec le texte de la loi, qui ne défend pas de compter par heures. Elle serait même la plus exacte et la plus juste si elle était toujours possible. Mais elle est le plus souvent impraticable, parce qu'on ne peut pas fixer avec certitude l'heure à partir de laquelle il faut commencer à compter le délai. Quand même on admettrait que l'indication de l'heure de la naissance dans l'acte de naissance (art. 57), et celle de l'heure du mariage dans l'acte de célébration formeraient (art. 34) preuve, il serait le plus souvent impossible de fixer avec certitude l'heure de la dissolution du mariage ou de l'impos-

sibilité de cohabiter ou de la cessation de cette impossibilité. Il faut donc plutôt compter par *jours*.

Il est évident que la durée légale de la grossesse doit être présumée la même dans le cas de l'article 312, alinéa 2, et dans les cas des articles 314, 315; et qu'il n'y a pas deux sortes de termes. La première opinion est donc inadmissible; il faut adopter ou la deuxième ou la troisième. La troisième est plus conforme aux principes généraux sur la manière de compter les délais. Le *dies a quo* ne compte pas pour faire le délai (art. 64). Elle est conforme au texte de l'article 312, alinéa 2. L'article 314 n'y est pas contraire. Car les délais *de jours* se comptent par jours et non pas par heures (arg., art. 2260). Pour savoir quel est le 180e jour *du mariage*, il faut faire abstraction du nombre d'heures qui se sont écoulées depuis le moment de la célébration jusqu'à l'expiration du jour de la célébration, parce que ce nombre d'heures ne forme pas *un jour*. Le jour de la célébration n'est donc pas le *premier jour* du mariage. Le jour de la naissance de l'enfant (*dies ad quem*) est compris dans le délai.

Les règles qui précèdent doivent aussi être appliquées pour fixer l'époque de la conception, dans le cas où le mari a été dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme (art. 312, alinéa 2).

506. L'enfant conçu ou présumé conçu pendant le mariage a pour père le mari de la femme (art. 312, alinéa 1). *Pater est quem nuptiæ demonstrant*. (Fr. 5, D. *De in jus vocando*, 2, 4.) Cette présomption est seulement une *præsumptio juris*, contre laquelle la preuve contraire est admissible. Sa force varie selon que la filiation maternelle est constatée par un acte de naissance ou non. Si la filiation maternelle est constatée par l'acte de naissance de l'enfant, le mari ne peut détruire cette présomption que par une *action en désaveu*. Cette action n'est admise que dans deux cas, savoir : 1° si le mari était dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme (n° 507); 2° en cas d'adultère de la femme (nos 508-510).

507. 1° Le mari peut désavouer l'enfant s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le 300e jour jusqu'au 180e jour avant la naissance de l'enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme (art. 312, alinéa 2).

La question de savoir si l'*éloignement* a placé les époux dans l'*impossibilité physique* de cohabiter entre le 300e et le 180e jour avant la naissance de l'enfant est entièrement de fait et abandonnée à l'appréciation des magistrats.

Le mari ne peut pas désavouer l'enfant en alléguant son impuissance *naturelle*, à cause de la difficulté de la constater (art. 313); il ne le peut que lorsqu'une impuissance *accidentelle*, telle qu'une blessure, une mutilation, l'a empêché d'engendrer. Une maladie interne ne peut être alléguée comme cause de l'impuissance que lorsqu'elle a eu pour suite une impuissance *évidente* et *matérielle* qui produise l'impossibilité physique et durable de procréer des enfants. (Locré, VI, 149, n° 3; discours de Duveyrier, orateur du Tribunat, n° 14; Locré, VI, 290; Exposé de motifs de Bigot-Préameneu, n° 4; Locré, VI, 193.)

Il faut que l'impuissance accidentelle soit survenue *postérieurement* au mariage. Le mari ne pourrait pas même invoquer une impuissance temporaire antérieure au mariage, pour désavouer l'enfant. (Locré, VI, 37, 292.)

L'enfant peut être désavoué, même lorsqu'il est né moins de trois cents jours après la dissolution du mariage, si sa conception tombe à une époque où le mari était impuissant. C'est ce qui a lieu lorsque le temps expiré depuis la dissolution du mariage joint à l'époque pendant laquelle a duré l'impuissance font plus de trois cents jours.

C'est le mari qui doit faire la preuve de l'impossibilité physique de cohabiter.

508. 2° Le mari peut désavouer l'enfant pour cause d'*adultère* de sa femme, pourvu que la *naissance lui ait été cachée* (art. 313). Il faut donc la réunion de *deux* faits : adultère et recèlement de la naissance. C'est le mari qui doit les prouver. La preuve du recèlement n'a pas pour objet un fait *négatif;* car le mari ne doit pas prouver qu'il n'a *pas connu* la naissance, mais il doit prouver *que la femme a voulu lui cacher la naissance,* par exemple, que l'enfant a été inscrit comme d'un père inconnu. Il n'est pas nécessaire que le mari ait *ignoré* la naissance. (C. Fr., 7 janvier 1850, D. P., 1850, 1, p. 1; Cologne, 14 février 1860, B. J., t. 18, 1370; Liége, 14 décembre 1874, B. J., t. 33, 42 et la note, P., 1875, 160.)

La preuve de l'adultère et du recèlement peut se faire par tous les moyens, même par témoins et par présomptions (art. 1353). Ces *deux faits* peuvent être constatés par le *jugement même* qui admet le désaveu. La loi n'exige pas que le fait de l'adultère soit constaté par un jugement *antérieur*, passé en force de chose jugée, avant que le mari puisse être admis à la preuve qu'il n'est pas le père de l'enfant. (Voy. Liége, 14 décembre 1874, ci-dessus cité.)

509. Mais les seules preuves de l'adultère de la femme et du recèlement de la naissance ne suffisent pas pour justifier le désaveu. (Fr. 11, § 9, D. *Ad legem Juliam de adulteriis*, 48, 5.) Car, malgré l'adultère de la femme, le mari *peut* être le père de l'enfant. Il faut en outre que le mari prouve d'autres faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant, ou, comme disait l'ancienne jurisprudence, il faut qu'il résulte d'autres faits qu'à l'époque correspondante à celle de la conception, le mari a été dans l'*impossibilité morale* (non pas dans l'*impossibilité physique*, comme dans le cas de l'article 312) de cohabiter avec sa femme. Le fait de l'adultère et celui du recèlement de la naissance combinés ne détruisent pas encore la présomption de paternité attachée au mariage par l'article 312, alinéa 1, mais ils ne laissent plus à cette présomption son influence décisive. (Exposé de motifs, n° 5; rapport de Lahary au Tribunat, n°s 11, 12; Locré, VI, 193, 239-242.) Les faits qui prouvent l'impossibilité morale de cohabiter sont, par exemple, l'éloignement entre la résidence du mari et celle de la femme, un refroidissement et une séparation de fait entre les époux; la séparation de corps prononcée; l'âge ou l'état de santé du mari. Tous ces faits appartiennent à l'appréciation du juge.

510. Il importe de bien séparer les conditions sous lesquelles l'action en désaveu peut avoir lieu, en cas d'adultère, bien que ces conditions semblent se lier l'une à l'autre. Ainsi, par une liaison naturelle, les mêmes faits qui tendent à établir que le mari n'est pas père de l'enfant semblent autoriser à en induire l'adultère de la femme; ainsi le recèlement de la naissance peut faire soupçonner l'adultère. Mais il faut que le mari établisse la preuve *spéciale et directe de l'adultère*, ou tout au moins qu'il offre de l'établir, pour que son action en désaveu soit recevable. Cette condition est tellement rigoureuse, que quelques auteurs ont pré-

tendu que la preuve de l'adultère devait déjà être *judiciairement établie* avant que l'action en désaveu pût être introduite, et que d'autres, tout en admettant la possibilité de faire la preuve de l'adultère incidemment, dans le procès en désaveu, ont néanmoins exigé que le jugement constatant l'adultère fût passé en force de chose jugée.

C'est là ce qui distingue le cas prévu dans l'article 312, alinéa 2, de celui prévu par l'article 313. Dans le premier cas, la *seule preuve* de l'impossibilité de cohabiter pendant l'époque de la conception suffit; mais aussi faut-il une *impossibilité physique* qui ne peut laisser de doute. Alors la preuve de l'adultère de la femme en résulte nécessairement. Dans le cas de l'article 313, la *probabilité* que le mari n'est pas père de l'enfant résulte précisément de l'adultère et du recèlement de la naissance; ce serait donc une pétition de principe que de dire que l'adultère résulte des faits qui rendent la paternité du mari peu probable. Dans le premier cas, l'adultère résulte du désaveu; dans le second, le désaveu résulte de l'adultère.

511. Le désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage ne peut avoir lieu pour aucune autre cause que celles exposées aux n°s 507-510; ainsi ni pour impuissance naturelle (art. 313, alinéa 1), ni pour cause de séparation de corps, sauf le changement introduit en France (n° 487). Il ne peut même avoir lieu par suite de la seule déclaration de la mère, que son enfant est illégitime. (Fr. 29, § 1, D. *De probationibus,* 22, 3.) En droit romain, les causes de désaveu étaient moins limitées. Ainsi, l'enfant pouvait être désavoué si le mari avait été empêché par maladie ou par impuissance naturelle de cohabiter avec sa femme. (Fr. 6, D. *De his qui sui vel alieni juris sunt,* 1, 6.)

512. L'action en désaveu pour les deux causes indiquées s'éteint par toute espèce de renonciation expresse ou tacite. Elle n'a pas lieu non plus si l'enfant est mort-né ou s'il n'est pas viable, parce qu'il n'y a aucun intérêt à intenter l'action (arg. art. 314, 3°).

513. Si la filiation maternelle n'est pas constatée par l'acte de naissance, mais établie par la preuve testimoniale, la présomption de paternité établie par l'article 312, alinéa 1, peut être combattue par tous les moyens propres à établir que le mari n'est pas le père de l'enfant.

B. *De l'enfant conçu avant et né pendant le mariage.*

514. L'enfant né *avant* le 180e jour du mariage, le jour de la célébration non compris (n° 505), est réputé *conçu avant* le mariage. Cette présomption est absolue (art. 312, alinéa 2, 314). — Mais la *naissance pendant* le mariage produit la présomption légale que le mari de la mère est le père de l'enfant. Toutefois cette présomption peut être détruite par le simple *désaveu* du mari (art. 314). Ce désaveu n'est soumis à aucune condition; il suffit que le mari prouve, par la date de la naissance, que l'enfant est conçu *avant* le mariage. S'il ne le désavoue pas, il est présumé se reconnaître le père de l'enfant.

515. La loi attache à cette naissance non-seulement la présomption de *paternité*, mais aussi l'effet de la *légitimité*. L'enfant, quoique conçu avant le mariage, est traité comme légitime s'il est né pendant le mariage.

Il y a controverse sur la nature de cette légitimité. Suivant la plupart des jurisconsultes, l'enfant doit être considéré comme *légitimé* par mariage subséquent. Suivant d'autres, l'enfant est véritablement *légitime*, par cela seul qu'il est né dans le mariage. Les conséquences de l'une ou de l'autre opinion diffèrent.

D'après la première opinion, il faut appliquer à ces enfants tous les principes sur la légitimation ordinaire. Ainsi les enfants qui ne peuvent pas être légitimés par le mariage subséquent ne peuvent pas non plus être légitimés s'ils sont conçus avant le mariage; donc, l'enfant conçu du commerce de deux personnes qui ne pouvaient se marier pour cause de parenté ou d'alliance ne devient pas légitime par le mariage de ses père et mère, contracté même avec dispense avant sa naissance. Cependant quelques jurisconsultes accordent à cette dispense un effet rétroactif à l'époque de la conception et considèrent l'enfant comme légitime. De même, si l'enfant conçu d'un homme qui, à l'époque de cette conception, était encore marié, et qui en secondes noces s'est marié avec la mère de cet enfant, naît avant le 180e jour à partir du décès de la première femme, il est issu d'un commerce adultérin, et ne peut pas être légitimé (art. 331).

Il est vrai que, dans ces cas, l'enfant est en possession de la

légitimité et qu'il en jouira tant que son état n'est pas contesté. Mais *tout intéressé* pourra le priver de ce bénéfice par une simple action en *contestation de légitimité* sans recourir au désaveu, parce que la question ne porte pas sur la paternité, mais sur la légitimité.

Suivant la seconde opinion, l'enfant est légitime par le seul fait de sa *naissance pendant le mariage*, quand même il aurait été conçu à une époque où un empêchement dirimant s'opposait au mariage entre le père et la mère de cet enfant. Il ne peut être privé de son état que par une action *en désaveu* intentée par le mari ou par ses héritiers s'ils sont encore dans le délai; aucune autre personne n'est recevable à attaquer l'état de cet enfant.

516. La première opinion s'appuie sans doute sur des raisons très-graves, mais elle ne peut pas se concilier avec le système du code sur l'action en désaveu et sur la contestation de légitimité. Il faut donc préférer la seconde pour les motifs suivants. L'enfant *né pendant le mariage* est de plein droit en possession de la légitimité et il ne peut perdre cet état que par suite d'une contestation. Mais la loi n'admet pas la contestation de légitimité contre l'enfant *né dans le mariage*. C'est le désaveu seul du mari, c'est-à-dire sa déclaration prouvée qu'il n'est pas le père de l'enfant, qui peut enlever à l'enfant à la fois et sa filiation et sa légitimité. Mais si l'enfant n'est pas *désavoué*, c'est-à-dire s'il conserve la qualité d'enfant du mari de sa mère et s'il est né dans le mariage, rien ne peut lui enlever sa légitimité, quelle que soit l'époque de la conception. Or, le désaveu est une action toute spéciale qui ne peut être exercée que par ceux à qui la loi l'accorde et dans des délais très-courts (art. 316, 317). Après ce délai, la légitimité devient inattaquable. Donner aux tiers intéressés le droit d'attaquer en tout temps la légitimité de l'enfant par une simple action *en contestation de légitimité*, ce serait leur accorder plus de droits qu'au mari lui-même, qui ne peut désavouer que dans le délai d'un ou de deux mois (art. 316). Si l'on admettait, en principe, les tiers à contester la légitimité d'un enfant né pendant le mariage, par le motif que sa conception n'a pu avoir lieu qu'à une époque où il y avait un obstacle dirimant au mariage entre son père et sa mère, il faudrait leur donner aussi le droit de contester la légitimité pour un des motifs fondés sur les arti-

cles 312, alinéa 2, et 313, quand même le mari n'aurait pas désavoué l'enfant, ce qui est évidemment contraire au vœu de la loi.

L'article 331, qui traite de la légitimation, ne s'occupe que des enfants déjà *nés* avant le mariage, et leur condition diffère de celle des enfants qui n'étaient pas encore nés. L'état des premiers est fixé par la naissance même, avec tous ses avantages ou désavantages. Ils ne sont pas légitimes, et le vice inhérent à cette naissance (s'ils sont adultérins ou incestueux) s'oppose à ce qu'ils soient légitimés (art. 331). Mais l'enfant qui n'est pas encore *né* n'a pas d'état; la loi ne s'occupe de lui que lorsqu'il s'agit de *son avantage*, par exemple pour lui faire nommer un curateur qui défende ses droits (art. 393), pour le déclarer capable de succéder ou de recevoir entre-vifs (art. 725, n° 1, 906), *Nasciturus pro jam nato habetur, quoties de ejus commodo agitur*. Si la loi s'occupe de fixer l'époque de la conception ou d'en tirer des conséquences, c'est pour déterminer la *paternité* de l'enfant et non pas pour déterminer la *légitimité* (art. 312-314, 340).

Les termes de la loi confirment cette opinion. Le chapitre Ier est intitulé : De la filiation des enfants *légitimes* ou *nés dans le mariage*; l'article 331, en traitant de la *légitimation*, ne s'occupe que des enfants nés *hors mariage*.

On doit donc admettre que l'enfant né pendant le mariage est considéré comme étant *conçu* pendant le mariage si le mari ne le désavoue pas. (Voy., en ce sens : Demolombe, t. V, nos 60, 61; Laurent, t. III, n° 385.)

517. La légitimité de l'enfant conçu avant le mariage ne remonte que jusqu'au jour du mariage dont elle est l'effet; l'enfant ne peut s'en prévaloir qu'à partir de cette époque. Il s'ensuit qu'il ne pourrait pas réclamer, à titre d'héritier légitime, les successions ouvertes dans l'intervalle entre sa conception et la célébration du mariage.

518. L'enfant conçu avant et né pendant le mariage est donc l'enfant légitime du mari de sa mère s'il n'est pas désavoué. Le mari ne peut plus le désavouer : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° ou s'il a assisté à l'acte de naissance; 3° ou si l'enfant n'est pas déclaré viable (art. 314).

519. 1° Le mari ne peut exercer le désaveu s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, parce qu'on présume

qu'il n'eût jamais consenti à cette union s'il n'eût été persuadé qu'il était le père de l'enfant.

Le fait que le mari a eu connaissance de la grossesse de sa femme peut être prouvé par tous les moyens, même par témoins et par présomptions (art. 1353). Quelques auteurs pensent que l'action en désaveu ne peut pas être repoussée par la preuve de relations intimes entre la femme et son mari avant le mariage, parce que ce serait une recherche de la paternité, interdite par l'article 340. Mais il ne s'agit pas ici de la preuve de la *paternité*; il s'agit de la preuve de la *connaissance de la grossesse* de la femme, laquelle peut s'établir entre autres par les relations intimes qui ont existé entre le mari et la femme. Toutefois cette preuve n'est pas décisive.

520. 2° Le mari ne peut plus désavouer l'enfant s'il a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer. Ce fait constitue de sa part l'aveu de la paternité. Trois conditions sont nécessaires pour exclure le désaveu :

a. Que le mari ait *concouru* à l'acte, soit comme déclarant (art. 56), soit comme témoin; la simple assistance passive ne suffit pas;

b. Que l'acte ne renferme pas d'énonciation *contraire* à la présomption légale de la paternité du mari, par exemple qu'il ne dise pas que l'enfant est né de père inconnu;

c. Que le mari n'ait pas fait de réserve ou de protestation dans l'acte. (Locré, VI, 46, n° 21.)

521. 3° Le mari ne peut pas désavouer l'enfant qui n'est pas déclaré viable, parce que l'enfant qui n'est pas viable peut naître avant le 180e jour de la conception. La loi n'a pas fixé le délai dans lequel l'enfant devait mourir pour n'être pas viable, afin de ne pas placer la mère entre le désir de voir vivre son enfant et la crainte de son déshonneur. (Observ. du Tribunat, n° 6; discours de Duveyrier, n° 16; Locré, VI, 171, 296-298.)

La question de savoir si l'enfant est viable ou non appartient à la décision des gens de l'art. Si l'enfant est venu mort au monde, l'action en désaveu n'a pas lieu faute d'un intérêt (arg., art. 314, n° 3). Si l'enfant est né viable et qu'il meure même peu de jours après sa naissance, il peut être désavoué si le désaveu présente encore un intérêt.

522. L'énumération que fait l'article 314 des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à l'action en désaveu n'est pas limitative. Les deux premières (n°s 519 et 520) reposent sur le principe de la reconnaissance tacite. Il faut donc, à plus forte raison, admettre une fin de non-recevoir lorsque le mari s'est expressément reconnu le père de l'enfant, ou lorsqu'il a renoncé à l'action en désaveu. Aucune forme particulière n'est requise pour la reconnaissance ou la renonciation, qu'il ne faut pas confondre avec la reconnaissance d'un enfant naturel (art. 334). On peut même admettre une reconnaissance tacite résultant d'autres faits que du concours à l'acte de naissance.

523. Lorsque aucune des fins de non-recevoir indiquées ne peut être opposée au mari, son désaveu ne peut être combattu par la preuve qu'il est le père de l'enfant né avant le 180e jour du mariage. Car ce serait une recherche de la paternité, défendue par l'article 340, l'enfant désavoué étant un enfant naturel.

De même, si l'action en désaveu est repoussée par une fin de non-recevoir, le mari n'est plus admissible à prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant. Il peut combattre la fin de non-recevoir; mais sa contestation doit porter sur les faits mêmes dont peut résulter la fin de non-recevoir.

C. *De l'enfant né après la dissolution du mariage* (art. 315).

524. Il faut distinguer deux cas : 1° l'enfant est né *avant* le 300e jour; 2° il est né *après* le 300e jour depuis la dissolution du mariage.

1. DE L'ENFANT NÉ AVANT LE TROIS CENTIÈME JOUR.

525. La loi présume que la gestation la plus longue est de 300 jours (n° 504). L'enfant né avant le 300e jour depuis la dissolution du mariage, le jour de la dissolution non compris, a pour lui la présomption qu'il est encore conçu *pendant* le mariage, donc qu'il a pour père le mari. Mais cette présomption n'est pas tellement absolue, qu'elle ne puisse être détruite par des faits contraires. C'est ce qui peut avoir lieu dans les cas exposés aux n°s 526 à 528 qui suivent.

526. 1° La femme accouche peu de jours après la mort de son

mari; puis elle accouche d'un second enfant avant le 300e jour depuis la dissolution du mariage. La nature ne nous a pas fourni un exemple d'une double conception à des époques aussi différentes. Le législateur n'a pas pu vouloir admettre une présomption contraire aux lois de la nature. Le second enfant ne sera donc pas présumé conçu dans le mariage; il sera enfant naturel.

Si, après le premier accouchement, la veuve s'était remariée, contrairement à l'article 228, avant l'expiration des dix mois, et qu'elle fût accouchée d'un second enfant dans ce délai, cet enfant aurait pour père le second mari. (Demolombe, t. V, 92.)

527. 2° La veuve s'est remariée peu de temps après la dissolution du précédent mariage; elle est accouchée d'un enfant avant le 300e jour depuis la dissolution du premier mariage. Qui est le père de l'enfant, le premier ou le second mari? Il faut distinguer :

a. L'enfant est né viable avant le 180e jour à dater de la dissolution du premier mariage; il est présumé avoir pour père le premier mari (art. 312, alin. 2, arg., art. 314);

b. L'enfant est né après le 180e jour du second mariage, mais avant le 300e jour depuis la dissolution du premier mariage. Il peut avoir été conçu pendant le premier ou pendant le second mariage, et il a pour lui deux présomptions légales de paternité (art. 312-315). Ici l'embarras est grand. Suivant quelques jurisconsultes, ces deux présomptions se neutralisent et l'enfant n'a pas de père. D'autres admettent les deux présomptions et lui donnent deux pères. D'autres laissent à l'enfant le choix de la paternité. D'autres veulent juger la paternité d'après la ressemblance physique ou morale de l'enfant avec l'un ou l'autre mari. Quelques jurisconsultes, considérant l'empêchement de l'article 228 comme dirimant, déclarent le second mariage nul, et attribuent l'enfant au premier mari. D'autres déclarent toujours le second mari père, parce que c'est le cas le plus ordinaire. (Demolombe, t. V, 93, 94.) D'autres abandonnent la solution de la difficulté au pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit se décider d'après les circonstances, et dans le doute, d'après le plus grand intérêt de l'enfant. Cette dernière opinion est assez rationnelle, elle s'accorde très-bien avec la précédente, enseignée par M. Demolombe. Toutefois, il faut observer qu'on ne pourrait op-

poser aucune exception péremptoire à l'enfant qui voudrait invoquer l'une ou l'autre présomption pour revendiquer la paternité soit du premier, soit du second mari.

528. *c.* L'enfant est né après le 180e et avant le 300e jour depuis la dissolution du mariage. Il est reconnu comme naturel soit par sa mère, soit par un tiers, soit par tous les deux. Qui en est le père? et surtout, si l'enfant a été plus tard légitimé par le mariage entre sa mère et celui qui l'a reconnu?

Ce cas est au fond le même que le précédent; il fournit un argument de plus pour le choix de l'enfant. Car il est certain que la reconnaissance de la mère seule, portant que l'enfant est naturel, ne peut pas le priver de son état. La reconnaissance d'un tiers ne peut pas non plus détruire la présomption légale de légitimité que l'enfant a en sa faveur. C'est aussi en ce sens qu'ont jugé la cour de cassation de France et la cour d'Orléans dans l'affaire Quériau et Henri contre Vallier, 23 novembre 1842. (Orléans, 10 août 1843, D. P., 1843, t. 1, 465 et suiv.; J. P., 1843, t. 2, p. 12 et 638.)

2. DE L'ENFANT NÉ APRÈS LE TROIS CENTIÈME JOUR.

529. La légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage peut être contestée, parce qu'il est censé être conçu après le mariage. Mais l'enfant n'est pas illégitime de plein droit, ce que le Tribunat avait proposé, mais que le conseil d'État n'a pas adopté. Si l'enfant est en possession des droits et avantages attachés à la légitimité, il continue d'en jouir tant qu'il n'aura pas été déclaré illégitime par un jugement. La loi n'a pas d'intérêt à déclarer cet enfant illégitime, tant que personne ne conteste. L'enfant conserve l'état que lui donne son acte de naissance. (Discours de Duveyrier, n° 17, Locré, VI, 298.) S'il réclame les droits de la légitimité, on ne peut repousser sa réclamation qu'en le faisant déclarer illégitime. Sa légitimité ne pourra plus être contestée par ceux qui l'ont reconnu comme légitime ou qui ont renoncé à leur action en contestation de la légitimité.

530. Mais si la légitimité de l'enfant est contestée à raison de sa naissance tardive, la présomption d'illégitimité est-elle absolue? ou bien le juge peut-il encore déclarer l'enfant légitime s'il

a la conviction que la grossesse a pu durer plus de 300 jours? La question est très-controversée. Il faut se prononcer pour la présomption absolue d'illégitimité. Le juge n'a qu'à vérifier en fait s'il y a plus de 300 jours entre la dissolution du mariage et la naissance de l'enfant. Car :

1° En fixant à 300 jours le maximum de la gestation, le législateur a voulu mettre un terme aux incertitudes de la physiologie et aux fluctuations de la jurisprudence. Ce serait les faire revivre que d'admettre l'opinion contraire;

2° Dans l'opinion contraire, il y aurait contradiction entre l'article 315 et l'article 312, § 2. Cette opinion argumente de ce que, dans le cas de l'article 312, c'est le *mari* qui conteste la légitimité en désavouant l'enfant, ce qu'il ne fera pas si c'est le sien; tandis que, dans le cas de l'article 315, ce sont les héritiers dont l'action doit être traitée plus défavorablement. Cet argument n'est pas juste, car les héritiers succèdent dans l'action en désaveu (art. 316); ils ont donc le même droit que le mari; et le mari aussi peut agir dans le cas de l'article 315, si le mariage a été dissous par le divorce. Enfin, le législateur ne peut pas être présumé avoir voulu admettre deux termes différents pour le maximum de la gestation;

3° L'opinion contraire invoque le *texte* de l'article 315 : *pourra être contestée*. Mais le sens de ces mots est uniquement : que l'illégitimité n'a pas lieu de plein droit, et non pas que le juge a un pouvoir discrétionnaire de l'admettre ou de ne pas l'admettre. Ce n'est pas la *décision du juge*, mais la *contestation* qui est facultative;

4° Les adversaires invoquent les discussions et notamment les paroles de l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu, n° 13, et du rapport du tribun Lahary, n° 14. Mais Bigot et Lahary, ou tout au moins ce dernier, ont, à cette occasion, commis des erreurs manifestes, puisqu'ils sont partis de l'idée que si des époux *divorcés* s'étaient rapprochés après le divorce, l'enfant né même après le 300e jour à dater de la dissolution du mariage, pourrait, à raison de cette circonstance, être déclaré légitime. Il est évident que cet enfant, quand même il aurait pour père le mari divorcé de sa mère, ne serait pas légitime, mais naturel. (Demolombe, t. V, nos 82-88. En sens contraire, les motifs de l'arrêt

de Limoges, 18 juin 1840, J. P., 1840, II, 638); l'enfant était né 301 jours et 16 heures après la dissolution du mariage.

III. DE L'ACTION EN DÉSAVEU ET DE L'ACTION EN CONTESTATION DE LÉGITIMITÉ.

A. *Notions générales.*

531. On appelle en général *questions d'état* toutes les contestations qui ont pour objet l'état des personnes défini au n° 82, et spécialement toutes les contestations qui ont pour objet l'état de famille. Elles comprennent les *réclamations* et les *contestations* d'état.

La *réclamation* d'état est une action par laquelle une personne tend à se faire attribuer un état de famille dont elle n'est pas en possession.

La *contestation* d'état a pour objet d'enlever à une personne l'état de famille dont elle est en possession.

Les *contestations d'état* comprennent l'*action* en *contestation de légitimité*.

La contestation de légitimité en sens général peut être ou une *action en désaveu* ou une *contestation de légitimité* en sens spécial ou proprement dite.

L'*action en désaveu* a pour but de renverser la présomption légale de paternité qui protége l'enfant conçu ou né pendant le mariage, et de faire déclarer qu'il n'est pas conçu des œuvres du mari. C'est parce qu'elle tend à détruire une présomption légale qu'elle n'est donnée qu'à certaines personnes déterminées et qu'elle n'a qu'une durée limitée. Par cette action on ne conteste ni le mariage, ni l'accouchement de la femme mariée, ni l'identité de l'enfant avec celui dont cette femme est accouchée, mais uniquement la paternité, et, par voie de conséquence, la légitimité de l'enfant (n° 502, 2°).

La *contestation de légitimité* proprement dite a aussi pour but de faire déclarer que l'enfant n'est pas légitime, mais pour une raison autre que celle que le mari de sa mère ne serait pas son père. Par cette action on ne conteste ni l'accouchement de la

femme, ni l'identité de l'enfant avec celui dont sa mère est accouchée, mais le *mariage;* on veut établir que l'enfant n'est pas le fruit du mariage, soit parce que ses père et mère n'auraient jamais été mariés, soit parce que l'enfant n'aurait pas été conçu ou qu'il ne serait pas né pendant le mariage. L'enfant dont la légitimité est contestée pour une de ces causes n'est pas protégé par une présomption légale, parce que l'existence du mariage n'est jamais présumée ; c'est pourquoi l'action en contestation de légitimité est sous l'empire des règles ordinaires en ce qui concerne sa durée et les personnes qui peuvent l'intenter. (Demolombe, t. V, n[os] 102-104.)

B. *Spécialement de l'action en désaveu.*

I. PAR QUI ELLE PEUT ÊTRE INTENTÉE.

532. Comme cette action a pour but d'établir que l'enfant n'est pas conçu des œuvres du *mari,* c'est le mari qui doit être l'unique juge de ce fait. Après sa mort, ses héritiers et successeurs universels, — donc aussi les successeurs irréguliers et le curateur de la succession vacante — peuvent l'intenter (art. 316 et 317). Le mot *héritiers,* dans l'article 317, doit être pris dans un sens étendu, de successeur *universel,* ab intestat ou testamentaire. Il faut y comprendre aussi le légataire à *titre universel,* mais non pas le légataire à titre particulier. (Bourges, 15 févr. 1873, D., 1873, 2, 174; Cass. fr., 3 mars 1874, D. P., 1874, 1, 317.) Car il ne suffit pas d'avoir un intérêt pécuniaire, pour former l'action en désaveu ; il faut avoir recueilli la succession du mari dans laquelle cette action se trouve. Ceux qui l'attribuent aussi au légataire à titre particulier confondent l'action en désaveu avec la contestation de légitimité. Les donataires et les créanciers du mari ne peuvent pas l'intenter. Mais, après sa mort, les créanciers de ses héritiers peuvent l'intenter. Si le mari a institué un légataire universel, l'action en désaveu lui appartient à l'exclusion des héritiers non réservataires du défunt.

La femme ne peut pas désavouer l'enfant comme n'étant pas celui de son mari, car elle ne peut pas avouer son propre déshonneur. Ses parents ou héritiers ne le peuvent pas non plus ; car ils

ne trouvent pas cette action dans la succession de leur auteur, et la loi ne la leur donne pas *proprio jure*. (Demolombe, t. V, nos 134, 135.)

533. Pour que l'action en désaveu se transmette aux héritiers du mari, il faut qu'il n'en soit pas déchu lui-même, par exemple, par suite d'une renonciation.

Les héritiers peuvent exercer le désaveu pour les mêmes causes pour lesquelles le mari aurait pu le faire; donc, aussi pour adultère de sa femme, comme pour impuissance accidentelle, ou pour éloignement. Quelques auteurs ne l'admettent, dans ce cas, qu'autant que l'adultère a déjà été reconnu sur la plainte du mari. Ils se fondent sur ce que, d'après l'article 336 du code pénal, la femme ne peut être condamnée pour adultère que sur la plainte du mari.

Mais c'est confondre l'accusation principale et directe d'adultère, dirigée contre la femme, avec l'action en désaveu, qui est dirigée contre l'enfant, et dans laquelle la mère n'est pas *partie*, mais seulement *présente* (art. 318).

De ce que l'action en désaveu appartient au mari seul ou à ses représentants, il résulte que ses héritiers, qui ont renoncé à sa succession, n'ont plus qualité pour l'intenter. La renonciation à l'action en désaveu faite par quelques-uns, ou la déchéance encourue par quelques-uns d'entre eux, ne privent pas les autres de leur droit.

534. Le tuteur du mari interdit peut-il intenter l'action en désaveu?

Première opinion. Non. L'interdit seul le peut après la mainlevée de l'interdiction, dit Zachariæ, § 546bis, et Colmar, 21 janvier 1841. Le délai de déchéance ne commence qu'alors. Car le mariage et ses effets produisent des droits essentiellement personnels, à l'égard desquels le tuteur ne *représente* pas le mineur ou l'interdit, pas plus qu'il ne pourrait reconnaître un enfant naturel ni consentir une adoption. Il faut un acte de la volonté personnelle. Ou le tuteur, par indifférence, ne forme pas l'action en désaveu, — elle serait perdue pour le mari; ou il fait admettre injustement le désaveu, le mari ne pourrait pas réparer le tort qui en serait résulté pour la mère et l'enfant.

Une autre opinion admet le même système, mais elle accorde

au tuteur une action afin de faire déclarer, du moins quant à présent, l'enfant non recevable à se dire légitime, pour empêcher les preuves de se perdre.

D'après une troisième opinion, le tuteur a l'action en désaveu. Ce système est juste, car le tuteur représente le mineur dans tous les actes. La loi ne distingue pas. Le tuteur a plus de droits que les créanciers, qui agissent dans leur intérêt. — Le tuteur a aussi d'autres actions analogues, qui présentent un caractère personnel. Ainsi il peut poursuivre en dommages-intérêts les diffamateurs; il peut agir en révocation d'une donation pour ingratitude, demander la séparation de corps, etc. Lorsqu'un droit donne lieu à une action, cette action peut être exercée par le tuteur. L'action en désaveu est transmissible aux héritiers du mari, pourquoi le tuteur ne pourrait-il pas l'exercer? C'est en même temps une action pécuniaire qui intéresse le patrimoine de l'interdit. Enfin on ne peut pas suspendre l'action; car l'expiration du délai d'un mois, qui n'est pas une prescription proprement dite, entraînerait la *déchéance* de l'action en désaveu. (Cass. fr., 24 juillet 1844, D. P., 1844, 1, 424, J. P., 1844, 2, 365; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Légitimité*, § 8; Demolombe, t. V, n°s 116-118.)

2. DANS QUEL DÉLAI ELLE DOIT ÊTRE INTENTÉE (art. 316, 317).

535. L'état de l'enfant ne doit pas être longtemps incertain; c'est pourquoi l'action en désaveu doit être intentée dans des délais très-courts. Ces délais sont régis par les règles suivantes :

a. Ils courent contre toutes personnes, même contre les mineurs et les interdits. C'est une déchéance et non une prescription.

b. Le *dies a quo* n'est pas compté; le *dies ad quem* est compté.

c. Les mois se comptent de quantième à quantième, et non par trente jours.

536. Quant à la durée des délais, il faut distinguer :

1° Pour le *mari*. Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il doit le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant; dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent ou simplement *non présent* (n° 201); si on lui avait caché la naissance de l'enfant, dans les

deux mois après la découverte de la fraude, c'est-à-dire depuis qu'il a une connaissance positive de la naissance de l'enfant (art. 316).

Quelques auteurs pensent que c'est au mari de prouver qu'il n'a découvert la fraude que depuis *moins de deux mois*, mais que cette preuve est fournie suffisamment si, après avoir établi que la naissance lui a été cachée, il prouve que les *faits*, par suite desquels il prétend avoir acquis la connaissance de la fraude, *se sont passés depuis moins de deux mois*. Cela n'est pas exact. Il suffit que le mari prouve que la naissance lui a été cachée, alors il a écarté l'exception de déchéance d'un mois; et c'est celui qui veut opposer la déchéance de deux mois qui doit la prouver, en établissant que le mari a découvert la fraude depuis plus de deux mois.

537. 2° Pour les *héritiers* du mari. Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers ont deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession par un acte judiciaire ou extrajudiciaire quelconque (art. 317). La loi donne aux héritiers un délai de *deux mois*, donc plus long qu'au mari, parce que les faits leur sont ordinairement moins présents et moins connus qu'à celui-ci. (Discours de Lahary, n° 16; Locré, VI, 248.)

Si le mari était mort *après* avoir intenté son action en désaveu, ses héritiers la continueraient.

Les héritiers *peuvent* aussi intenter l'action en désaveu avant d'avoir été troublés dans la possession des biens du mari.

538. Dans l'article 317, l'action des héritiers est appelée une *contestation de légitimité*, quoique ce soit une véritable action en *désaveu* dans le sens défini au n° 531. Le législateur se sert des termes *contester la légitimité* lorsque le désaveu est formé par les héritiers, sans doute parce qu'il a pensé que ces derniers ne peuvent ni avouer ni désavouer, dans la rigueur du mot, un fait de paternité qui leur est complétement étranger. (Zachariæ, édit. Aubry et Rau, § 545 bis, note 4.)

3. COMMENT IL FAUT PROCÉDER (art. 318).

539. Le désaveu peut être proposé par voie d'*action* ou par *exception*. Dans ce dernier cas, il n'y a pas de déchéance : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*.

Il peut être fait par acte *extrajudiciaire*, par exemple par un acte de notaire ou d'huissier, ou sous seing privé ayant date certaine. Il n'est pas nécessaire qu'il soit notifié à la partie intéressée. L'acte extrajudiciaire est comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice. Mais après le délai d'un mois, c'est *cet acte extrajudiciaire seul* qui est sans effet, et dans les cas où le délai de deux mois est accordé au mari ou aux héritiers, l'action judiciaire peut encore être intentée. Le désaveu extrajudiciaire doit aussi avoir lieu dans les délais fixés par l'article 316 (nos 536, 537). Cet acte peut donc avoir pour effet de prolonger le délai, dans le cas où originairement il n'était que d'un mois ou de deux mois.

540. L'action en désaveu dirigée contre un enfant mineur doit être portée devant le tribunal du domicile du père désavouant, quand même la mère, séparée de corps avec le mari, et le tuteur *ad hoc* seraient domiciliés dans un autre ressort. Car le domicile légal de l'enfant est chez son père, et l'action doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur (C. civ., art. 108; C. de proc., art. 59). L'enfant ne doit donc pas être assigné devant le tribunal du domicile du tuteur *ad hoc*. (Cass. B., 6 mars 1856; Gand, 7 août 1856, B. J., t. 14, 404, 1397, P. 1856, 181, P. appel, 1857, 99.)

541. L'enfant doit être représenté, c'est contre lui que l'action est dirigée. S'il est mineur ou interdit, il doit lui être donné un tuteur *ad hoc*, quand même il aurait un tuteur général. Après le décès de la femme, l'action en désaveu peut être intentée contre le subrogé tuteur. (Cologne, 14 fév. 1868.) Le tuteur *ad hoc* doit être nommé par le tribunal; car les parents, tant du côté de la mère que du côté du père, peuvent être suspects, comme étant intéressés dans la question de légitimité. Puis, le point de savoir si ce sont des *parents* est précisément mis en discussion par l'action en désaveu. Suivant une autre opinion, le tuteur *ad hoc* doit

toujours être nommé par le conseil de famille. (En ce sens, Bruxelles, 24 nov. 1851, B. J., t. 10, 1337 et la note; P., 1852, 66; Cologne, 14 fév. 1860, B. J., t. 18, 1370; Gand, 1er décembre 1870, P., 1871, 151 ; Cass. belge, 29 fév. 1872, P., 1872, 156, D. P., 1872, 2, 9.)

La mère doit être appelée afin qu'elle puisse défendre son honneur et les droits de son enfant (art. 318).

4. EFFETS DU JUGEMENT QUI ADMET OU REJETTE L'ACTION EN DÉSAVEU.

542. Lorsque le jugement a été rendu entre le mari et l'enfant, ce dernier, si le désaveu est admis, est rejeté de la famille.

Le jugement rendu entre l'enfant et quelques-uns des héritiers du mari n'a de l'effet qu'à l'égard de ces derniers et non pas à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties dans le procès.

On invoque l'indivisibilité de l'état pour soutenir qu'il a de l'effet à l'égard de tous les héritiers, Mais s'il est vrai que l'état d'une personne est indivisible, les conséquences juridiques, et particulièrement les droits patrimoniaux qui en résultent, ne sont pas indivisibles (arg., art. 100 du code civil).

Il en est de même des héritiers de l'enfant. Le jugement rendu entre le mari (ou ses héritiers) et *quelques-uns des héritiers* de l'enfant ne peut profiter ni être opposé qu'à ces derniers.

Ces deux thèses résultent des principes sur la chose jugée (code civ., art. 1351).

543. A l'égard des *tiers* qui n'ont pas qualité pour intenter l'action en désaveu ou pour défendre contre cette action (par exemple les parents non héritiers du mari, ou les parents de la mère), le jugement rendu entre l'enfant et *tous* les héritiers du mari a la force de la chose jugée (*jus facit,* fr. 1, § 16; fr. 2 et 3, D., *De liberis agnoscendis,* 25, 3). C'est jugé à l'égard de tout le monde. Car les tiers n'ont pas qualité pour figurer dans le procès; il faut donc que le jugement rendu entre ceux qui seuls avaient cette qualité puisse faire droit à leur égard. Si le jugement intervenu dans l'instance entre l'enfant et *quelques-uns des héritiers* du mari *admettait* le désaveu, tandis qu'un autre jugement intervenu avec d'*autres* héritiers du mari *rejetait* l'action en désaveu, cette position ambiguë, résultant de la contradiction des deux juge-

ments rendus sur son état, devrait être interprétée *en faveur* de l'enfant. La présomption légale de légitimité a été seulement ébranlée, non pas renversée.

Pour éviter cette contradiction, il convient que le tribunal ordonne la mise en cause de toutes les parties intéressées (code de proc., arg., art. 856).

CHAPITRE II.

DE LA PREUVE DE LA FILIATION DES ENFANTS LÉGITIMES. (Art. 319-330.)

I. INTRODUCTION.

544. Dans ce chapitre, comme dans le précédent, la loi suppose que le mariage entre le père et la mère auxquels un enfant prétend appartenir n'est pas en contestation, et qu'il s'agit seulement de savoir si cet enfant est *né* de ces père et mère, en d'autres termes quelle est sa filiation.

Pour établir une *filiation*, il faut prouver :

1° Que la femme que l'on prétend avoir pour mère est réellement accouchée;

2° Que l'enfant qui réclame la filiation est *le même* que celui dont cette femme est accouchée. — C'est la preuve de l'identité.

Celui qui veut prouver sa filiation *légitime* doit de plus prouver le mariage de ses père et mère.

Ce chapitre ne s'occupe pas de la preuve de la filiation des enfants naturels.

545. La preuve de la filiation des enfants légitimes peut se faire par quatre moyens : 1° par l'acte de naissance; 2° par la possession d'état; 3° par le concours du titre de la naissance et de la possession d'état; 4° en l'absence d'un acte de naissance et de la possession d'état par témoins.

Presque toutes les règles prescrites dans ce chapitre étaient déjà suivies dans l'ancienne jurisprudence.

II. DES DIVERS MOYENS DE PREUVE.

A. *De l'acte de naissance.*

546. « La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur le registre de l'état civil » (art. 319).

L'acte de *naissance* prouve, jusqu'à inscription en faux, la *maternité de la femme mariée* inscrite comme mère de l'enfant, nonobstant toute dénégation de sa part. Si l'enfant a été plus tard désavoué par le mari, l'acte de naissance conserve encore son effet pour prouver la maternité, bien que, par suite du désaveu, l'enfant soit devenu illégitime ou même adultérin. Pour appliquer l'article 319, il faut considérer l'état de l'enfant tel qu'il est en naissant, indépendamment des faits postérieurs qui peuvent le modifier.

547. La maternité prouvée par l'acte de naissance, la présomption que le mari de la mère est le père de l'enfant, a lieu de droit, alors même que la mère aurait été désignée soit comme non mariée (Bruxelles, trib. civ., 3 déc. 1867; B. J., t. 26, 155), soit sous son nom de famille, ou que l'enfant aurait été inscrit comme de père inconnu, ou même comme né d'un autre père; car l'acte de naissance ne peut prouver ni le mariage, ni la paternité; cette dernière est présumée. Si l'acte de naissance énonce la paternité, il ne fait que reproduire la présomption légale de l'article 312, alin. 1, laquelle existe aussi indépendamment de cette énonciation. Si l'acte n'énonce pas la paternité ou s'il énonce une autre que celle du mari, il ne peut pas énerver une présomption légale qui ne peut être détruite que par le *désaveu*. L'art. 325 ne prouve pas le contraire; il ne s'applique qu'au cas où l'enfant n'a pas d'acte de naissance.

L'acte de naissance prouve la filiation quand même l'enfant aurait une possession d'état *contraire* à cet acte; à plus forte raison, s'il n'a pas une possession *conforme* (arg., art. 320).

548. Mais l'acte de naissance ne prouve que le *fait de l'accouchement* de la femme; il ne prouve pas l'*identité* de l'enfant dont la femme est accouchée avec celui qui réclame la filiation. Cette identité doit être prouvée si elle est contestée. La preuve de l'*identité* peut se faire par tous les moyens, témoins compris, et

alors même qu'il n'y aurait pas de commencement de preuve par écrit. L'article 323 n'est pas applicable ici; il statue pour le cas où il n'y a pas d'acte de naissance. La meilleure mais non la *seule* preuve de l'identité est la possession d'état.

B. *De la possession d'état.*

549. A défaut d'acte de naissance, la possession constante de l'enfant légitime suffit pour prouver sa filiation (art. 320).

Cette preuve a toujours été admise; elle est fondée en raison. Quand des époux légitimement mariés ont toujours traité un enfant comme le leur, on peut difficilement admettre qu'il ne le soit pas. Exposé de motifs de Bigot, n° 19 (Locré, VI, 200). De plus, il serait injuste de priver l'enfant de son état à cause de l'absence d'un titre qu'il n'a pas été en son pouvoir de se procurer.

Il importe peu pour quelle cause l'enfant ne peut pas produire son acte de naissance. L'application de l'article 320 n'est pas restreinte aux cas d'inexistence ou de perte des registres de l'état civil prévus par l'article 46. C'était là l'idée de la rédaction primitive portant : « Si les registres sont perdus ou s'il n'en a point été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit » Mais cette rédaction n'a pas été adoptée.

La loi exige une *possession d'état constante,* c'est-à-dire non-seulement bien constatée, mais *continue, suivie, sans interruption.* (Demolombe, V, n° 209.)

550. La possession d'état consiste dans une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits sont : que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir; que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son entretien et à son établissement; qu'il a eté reconnu constamment pour tel dans la société; qu'il a été reconnu pour tel par la famille (art. 321). Les anciens jurisconsultes résument ces faits sous les termes : *nomen, tractatus, fama.* Mais ce ne sont pas les *seuls* faits constitutifs de la possession d'état; l'article 321 n'est qu'énonciatif, surtout lorsqu'il ne s'agit que d'une pétition d'hérédité. (Bruxelles, 9 avril

1877, P., 1877, 285.) La réunion de *tous* ces faits n'est pas toujours requise.

Il faut que la possession d'état soit établie tant à l'égard du père que de la mère, eu égard aux diverses situations qui peuvent se rencontrer. Ainsi un enfant posthume n'a pu posséder son état par rapport au père prédécédé; si l'enfant a perdu sa mère peu après sa naissance, il n'a pu avoir la possession d'état qu'à l'égard du père. (Valette, *Explication sommaire*, p. 177.) La preuve de la possession d'état à l'égard de la mère seule ne suffirait pas et ne donnerait pas lieu à la présomption de paternité de l'article 312.

551. La *preuve* des faits constitutifs de la possession d'état peut se faire par témoins sans qu'il y ait un commencement de preuve par écrit. L'article 323, alin. 2, ne dit pas le contraire; il s'applique à l'hypothèse où la *filiation*, c'est-à-dire la *naissance* même, doit être prouvée par témoins et où il n'y a pas de possession d'état. La preuve de la possession d'état porte sur des faits publics, notoires et visibles.

La possession d'état est la meilleure preuve de l'identité de l'enfant avec celui dont la mère est accouchée. Mais si la possession est prouvée, la preuve de la filiation peut être combattue par la preuve que la femme du mari n'est pas accouchée d'un enfant, ou que celui dont elle est accouchée est mort, ou qu'il existe un acte de naissance qui donne à l'enfant une filiation différente de celle qu'il réclame. Car la possession d'état ne prouve qu'à *défaut* d'un acte de naissance. Si donc cet acte existe, il fait preuve.

C. *Du concours de l'acte de naissance et de la possession d'état.*

552. Lorsque les deux principaux moyens de constater l'état d'une personne, son acte de naissance et la possession conforme à ce titre se réunissent, son état est irrévocablement fixé. (Locré, VI, 201.) La loi présume alors qu'il n'y a pas de faits, de quelque nature qu'ils soient, sur lesquels on puisse asseoir l'état civil avec plus de certitude. C'était la jurisprudence établie depuis le XVIIIe siècle. C'est pourquoi nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre; et réciproquement, nul ne peut contester

l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance (art. 322).

Cette règle était admise par l'ancienne jurisprudence, bien qu'elle ne fût pas loi. Néanmoins Marie-Aurore, fille naturelle et adultérine du maréchal de Saxe, parvint à obtenir sa reconnaissance par son père nonobstant cette règle. Elle avait été inscrite au registre des baptêmes de Paris comme fille légitime de Jean-Baptiste Delarivière, bourgeois de Paris et de Marie Rinteau, sa femme. Un comte de Horne se présenta pour l'épouser; mais auparavant il exigea qu'elle fût reconnue comme bâtarde du maréchal de Saxe et que son acte de baptême fût rectifié. Marie-Aurore obtint cette reconnaissance et cette rectification.

Sous le code civil, elle n'aurait pas réussi.

Elle obtint cette reconnaissance, dit M. Demolombe (t. V, n° 219), parce que la règle de l'article 322, alors purement doctrinale, n'avait pas été législativement consacrée, et que les grands noms et les hautes puissances profitaient de ces indécisions de la doctrine.

L'état constaté par l'acte de naissance soutenu de la possession peut cependant n'être pas véritable; par exemple deux époux, après avoir fait inscrire sous *leur* nom et comme le leur *un enfant étranger*, le traitent comme le leur. Mais ces cas se présentent très-rarement et il vaut mieux tolérer un abus très-exceptionnel pour affermir dans les cas les plus nombreux le repos des familles et la stabilité de l'état des personnes, que d'admettre la contestation dans tous les cas.

553. L'article 322 suppose que la possession d'état et l'acte de naissance se rapportent *à la même personne*. Il s'ensuit que l'on peut contester l'*identité* de la personne en établissant que l'enfant auquel se rapporte l'acte de naissance n'est pas *le même* que celui qui est en possession d'état. Ainsi, on ne serait pas recevable à prouver que Pierre, enfant étranger aux époux Paul et Julie, mais qui l'ont fait inscrire et traité comme le leur, *n'est pas* l'enfant des époux Paul et Julie; mais on pourrait prouver que Pierre a été *substitué* à l'enfant qui a été inscrit sur les registres de l'état civil comme étant celui de Paul et de Julie. Par exemple, l'enfant de deux époux est mort *avant* la rédaction de son acte de naissance; un autre enfant a été porté à sa place à

l'officier de l'état civil qui l'a inscrit comme l'enfant de ces mêmes époux. C'est donc à *ce dernier enfant* que l'acte se rapporte; s'il a une possession d'état qui y est conforme, toute preuve contraire est irrecevable.

Si l'acte de naissance avait été falsifié au profit d'un enfant ayant possession d'état, son état pourrait être attaqué, car ce n'est pas à cet enfant que se rapportait l'acte primitif de naissance.

554. On ne serait pas recevable à prouver que l'enfant a été inscrit sous un *faux* nom, si réellement cet acte se rapportait au même enfant que celui qui est en possession d'état. Autrement l'article 322 ne trouverait pas d'application; il serait absorbé par l'article 323. L'enfant pourrait toujours réclamer contre son état en prétendant avoir été inscrit sous un faux nom; et sous le même prétexte, son état pourrait toujours être contesté.

555. L'article 322 ne parle que de la *filiation*. La réunion du titre et de la possession d'état ne dispense pas l'enfant de la production de l'acte de mariage de ses père et mère, si la *légitimité* est contestée sauf le cas de l'article 197 (nos 331-333).

556. L'action en *désaveu* est-elle admissible contre l'enfant qui a une possession conforme à son titre de naissance? Oui, dit Zachariæ (§ 547 *bis*, 4°). Mais on peut difficilement concevoir un cas où le désaveu serait encore possible. Si l'enfant a eu pour lui la possession d'état, le délai pour intenter l'action en désaveu sera expiré. (Demolombe, V, n° 230.)

D. *De la preuve testimoniale.*

557. A défaut de titre et de possession d'état, la preuve de la filiation peut se faire par témoins (art. 323). Cette preuve peut avoir lieu dans quatre hypothèses :

1° Si le réclamant *n'a ni titre ni possession d'état*, peu importe pour quelle cause il est dans l'impossibilité de produire son acte de naissance. Suivant quelques jurisconsultes, la preuve testimoniale n'est admissible que lorsqu'il est prouvé qu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus. (Toullier, II, nos 884-887) Le texte de l'article 323, alin. 1, prouve que cette opinion n'est pas juste; car il ne distingue pas, et il assimile formellement le cas du *défaut* de titre à celui où l'enfant est inscrit sous de faux noms,

ou comme de père et mère inconnus; preuve que l'article ne suppose pas seulement le cas de la perte des registres, ou celui où il n'y en a pas eu (Cass., Fr., 12 déc. 1827);

2° Si sa possession donne à l'enfant un état contraire à celui qu'il réclame : car la réclamation n'est irrecevable que lorsqu'il a une possession *conforme* à son titre;

3° S'il a un titre qui le désigne comme né de père et mère *inconnus;*

4° Sil a été inscrit *sous de faux noms.*

558. Les jurisconsultes sont en désaccord sur le point de savoir si, dans ce cas, l'enfant doit d'abord s'inscrire en faux contre l'acte de naissance par la voie du faux incident au civil, pour prouver qu'il a été inscrit sous de faux noms; ou bien s'il peut être admis directement à la preuve testimoniale de la filiation. La seconde solution est préférable. L'enfant *peut* attaquer l'acte par l'inscription en faux s'il y a faux; mais l'inscription sous de faux noms peut aussi être le résultat d'une erreur involontaire. Puis, avant de pouvoir prouver le faux, il est nécessaire, le plus souvent, qu'il prouve sa filiation véritable. Souvent aussi, les faits par lesquels le réclamant prouve sa filiation véritable sont les mêmes que ceux par lesquels il établit qu'il est inscrit sous de faux noms. (Demolombe, V, n° 239.)

559. L'admissibilité de la preuve testimoniale dépend de certaines conditions. Cette preuve ne peut être admise que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour en déterminer l'admission (art. 323). Car la seule preuve par témoins peutoffrir beaucoup de dangers parce que, à cause du caractère occulte du fait de la naissance, on sera presque toujours réduit à s'en rapporter à un petit nombre de témoins.

D'après la législation romaine et l'ancienne jurisprudence, il y avait controverse sur le point de savoir si, sur une réclamation d'état, la preuve testimoniale était admissible sans un commencement de preuve *par écrit*. (L. 2, C. *De testibus*, 4, 20; l. 6, C. *De fide instrumentorum*, 4, 21; l. 9, C *De nuptiis*, 3, 4.) D'Aguesseau indiqua un terme moyen, c'était de l'admettre aussi lorsqu'il y a des présomptions résultant de faits constants. Sa doctrine a passé dans le code. (Locré, VI, p. 304-307.)

560. Le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics ou même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante (art. 324.)

Les dispositions des articles 323 et 324 forment exception aux règles sur la preuve testimoniale tracées par les articles 1347 et 1348. En règle, la preuve testimoniale proscrite par l'article 1341 est admissible si le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale. L'enfant est dans cette impossibilité. Néanmoins la preuve testimoniale n'est pas applicable sans condition. Mais, de l'autre côté, la définition du *commencement de preuve par écrit* est plus large dans l'article 324 que dans l'article 1347, et la loi admet, à la différence de l'article 1347, la preuve testimoniale, même lorsqu'il y a des présomptions graves résultant de faits constants.

L'article 324 est limitatif, c'est-à-dire le commencement de preuve par écrit ne peut résulter d'autres pièces que de celles mentionnées dans cet article. Toutefois les lettres missives ne sont pas exclues. Ce sont des actes privés.

Les faits *dès lors constants* sont des faits *non contestés* par les adversaires, ou prouvés par des actes publics ou par la notoriété; par exemple, un enfant nouveau-né a été présenté à l'état civil; ou bien, un enfant a disparu dans un cas de guerre ou de troubles civils; ou le réclamant présente des vêtements ou autres effets décrits dans le procès-verbal (art. 58).

561. La condition de l'existence d'un commencement de preuve par écrit ou de présomptions ou d'indices graves n'est pas requise pour la preuve de la filiation, dans le cas où les registres de l'état civil sont perdus ou s'il n'en a pas existé (art. 46, nº 160). L'article 323 statue en général pour l'hypothèse où il y a *défaut* ou *absence* d'un titre de *naissance*, c'est-à-dire pour les cas où il n'y en a pas eu de dressé. L'article 46 statue dans l'hypothèse spéciale qu'il n'a *pas existé* de registre, ou qu'il y a eu des registres, mais qu'ils *sont perdus*, donc, pour le cas où l'absence d'un acte de naissance n'autorise à tirer aucune induction défavorable contre la filiation. Autrement il y aurait contradiction entre les articles 46 et 323. C'est pour les mêmes motifs que dans le

cas de l'article 46 la filiation peut être prouvée par des registres et papiers *émanés* des père et mère, sans le secours de la preuve testimoniale. (Zachariæ, § 547, 3°, note 21. *Contrà* : Toullier, II, 884-887.) En d'autres termes, dans le cas spécial de l'article 323, le législateur a cru devoir se montrer plus rigoureux et plus défiant que dans les cas prévus par l'article 46.

562. Le réclamant doit prouver : 1° l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère; 2° son identité avec l'enfant dont cette femme est accouchée.

La preuve contraire peut se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir, ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère (art. 325). La présomption de paternité de l'article 312, alin. 1, n'est donc pas applicable ici avec la même force que lorsque l'enfant a un titre de naissance, parce que, si l'enfant n'a ni titre ni possession d'état, ou s'il est inscrit sous de faux noms, ou comme de père et mère inconnus, il en résulte une présomption très-forte qu'il n'appartient pas au mariage. Alors, la simple impossibilité *morale* de cohabitation suffit pour faire admettre la non-paternité du mari. Dans le cas prévu par l'article 323, la paternité est aussi incertaine que dans le cas d'adultère et de recèlement de la naissance. C'est pourquoi la loi admet, dans les *deux* cas, le mari à proposer tous les *faits* (art. 313) ou *moyens* (art. 325) propres à établir qu'il n'est pas le père de l'enfant. Mais la contestation du mari n'est pas un désaveu; elle peut donc avoir lieu sans être fondée sur un des motifs prévus par les articles 312 ou 313. (Voy. *infrà*, n° 570, 1°.)

III. DE L'ACTION EN RÉCLAMATION D'ÉTAT ET DE L'ACTION EN CONTESTATION D'ÉTAT.

563. La définition de ces termes a été donnée au n° 531. Ces deux actions sont, sauf quelques différences, régies par les mêmes principes.

A. *Par qui et dans quel délai elles peuvent être intentées* (art. 328-330).

564. L'action en *réclamation d'état* peut toujours être intentée par *l'enfant;* elle est imprescriptible à son égard (art. 328). La

renonciation à cette action ne le lie pas. Mais il peut renoncer à des droits pécuniaires attachés à son état, par exemple à une pétition d'hérédité. Ces droits sont aussi prescriptibles.

565. Quant aux *héritiers* de l'enfant, il faut distinguer :

1° L'action *n'a pas été commencée*. Distinguez :

a. L'enfant est mort pendant sa minorité, ses héritiers peuvent agir pendant trente ans (art. 2262) ;

b. Il est décédé dans les cinq années de sa majorité; les héritiers peuvent agir comme dans le cas précédent, parce que l'enfant a pu ignorer son état;

c. Il est mort plus de cinq ans après sa majorité. Ses héritiers ne peuvent pas agir quand même l'enfant aurait *ignoré* son état. La loi ne distingue pas. Elle n'est pas favorable à ces réclamations puisqu'elles troublent les familles. De plus, les héritiers n'ont pas le même intérêt à intenter cette action, parce que leur état d'enfants légitimes n'en dépend pas. C'est ordinairement un intérêt pécuniaire qui les guide (art. 329).

La renonciation de l'enfant pourrait être opposée aux héritiers (arg., art. 328, 330).

2° L'action *a été commencée;* les héritiers peuvent la suivre ou continuer parce qu'ils la trouvent dans la succession de l'enfant; à moins que l'enfant ne s'en fût *désisté* formellement ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites, à compter du dernier acte de la procédure (art. 330).

566. Quel est l'effet du désistement ou de l'interruption des poursuites pendant trois ans? Suivant beaucoup de jurisconsultes, l'interruption des poursuites est une péremption d'instance, et, ainsi que le désistement, elle doit être jugée d'après les règles du code de procédure. La péremption d'instance ne s'opérerait pas de plein droit; elle devrait être demandée (code de proc., art. 399). Ce n'est pas le *droit* des héritiers qui est éteint; mais seulement l'*instance* ou la procédure est éteinte. Ainsi, si l'enfant était décédé avant l'accomplissement de sa 26ᵉ année, les héritiers pourraient intenter une action nouvelle (code de proc., art. 401, 403). (Zachariæ, 547 *bis*, 1° note 7; Demolombe, V, 291-292.)

Mais il nous semble plus juste de dire que le désistement et l'interruption des poursuites pendant trois ans doivent être considérés comme une renonciation de l'enfant à sa réclamation d'état

et que l'une et l'autre éteint le droit des héritiers. La rédaction primitive de l'article 330 disait formellement que « l'*abandon* de l'action de la part de l'enfant résulte ou du désistement formel ou de la cessation des poursuites pendant trois ans », et cette rédaction n'a été changée, sur les observations du Tribunat, que parce qu'elle pouvait donner lieu à croire que cet abandon pourrait être opposé à l'*enfant lui-même*. (Observations du Tribunat, n° 15. Locré, VI, 178.) Les explications données dans l'exposé de motifs, n° 26, et dans le rapport de Lahary, n° 27, confirment pleinement cette interprétation. (Locré, VI, p. 205, 259.) D'ailleurs pourquoi le code civil se serait-il spécialement occupé ici du désistement et de la péremption d'instance s'il n'y avait attaché que les effets *ordinaires* de procédure?

567. Les créanciers de l'enfant peuvent aussi intenter l'action en réclamation d'état, peu importe que l'enfant soit décédé ou encore vivant, mais seulement dans les limites de l'intérêt pécuniaire qui s'attache à cette réclamation (art. 1166, 788). (Zachariæ, § 547 *bis*, 1°. En sens contraire : Demolombe, V, n°s 282, 284.)

568. L'action *en contestation d'état* compète à toute personne qui a un intérêt pécuniaire ou de famille à contester. Elle est imprescriptible tant contre l'enfant que contre ses successeurs; car l'état ne peut pas plus s'acquérir que se perdre par prescription. Par la même raison, la renonciation à une action en contestation d'état ne lie ni celui qui l'a faite, ni les autres personnes intéressées à contester. Mais cette action est prescriptible en tant qu'elle se rapporte aux intérêts purement pécuniaires.

B. *Devant quel tribunal ces actions doivent être portées.*

569. Les *tribunaux civils*, c'est-à-dire les tribunaux de première instance, d'appel et de cassation sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état (art. 326). Les juges de paix et les tribunaux de commerce sont incompétents pour statuer, même incidemment, sur ces questions (code de proc., art. 426). L'action criminelle contre un délit de suppresion d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état (art. 327). Il en est de même si le ministère public poursuit. Les crimes de *suppression* d'état sont d'abord le *faux matériel* ou *intel-*

lectuel commis dans un acte de naissance (code pén., art. 145-147; code pén. belge, 194, 196), donc, la fausse déclaration dans un acte de naissance, la suppression d'un enfant, la substitution d'un enfant à un autre, la supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée, l'enlèvement ou le recèlement d'un enfant (code pén., art. 345 ; code pén. belge, art. 363-365). Le civil tient le criminel en état. Cette disposition est exceptionnelle (instr. crimin., art. 3, alin. 2; code de proc., art. 239, 240; code civil, art. 235). Elle a le double but d'éviter la contrariété des jugements et d'empêcher que l'on ne fasse la preuve de la filiation par témoins devant le tribunal criminel, ce que l'article 323 défend. Dans l'ancien droit il y avait eu, à cet égard, de graves abus. Bigot-Préameneu dit, dans l'exposé des motifs, que « l'action criminelle est présumée n'avoir pour but que d'éluder la règle du droit civil qui, sur les questions d'état, écarte comme très-dangereuse la simple preuve par témoins ».

L'article 327 n'est pas applicable toutes les fois que la chose jugée au criminel laisse intacte la question d'état. Ainsi il ne s'applique pas aux délits d'enlèvement ou d'exposition, qui s'attaquent à la personne même de l'enfant et non à son état.

C. *De l'effet de la chose jugée sur une question d'état.*

570. Il faut appliquer les principes généraux sur la chose jugée (art. 100, 1351). Les jugements rendus sur des questions d'état n'ont l'autorité de la chose jugée qu'entre ceux qui ont été parties ou dûment représentés au procès. Donc :

1° Le jugement, qui déclare quelqu'un enfant d'une femme mariée, n'a pas d'effet à l'égard du mari de cette femme, si ce dernier n'a pas été *partie* au procès. Ainsi : si l'enfant n'a agi que contre sa mère et qu'il *ait succombé,* tout est terminé. Il ne peu plus agir contre le mari de cette femme, car ce serait revendiquer une filiation adultérine, ce que l'article 342 défend. S'il a triomphé, la maternité est établie, mais la paternité ne l'est pas, le jugement ne pouvant pas être opposé au père : il faut, pour cela, que l'enfant agisse contre le mari, qui peut contredire conformément à l'article 325 (n° 562). S'il succombe vis-à-vis du mari, il est enfant *adultérin.*

Il résulte de ce qui précède combiné avec le n° 562 : 1° que les tribunaux ne doivent jamais recevoir une réclamation d'état intentée contre la *mère seule*, parce que cette réclamation pourrait être la recherche d'une maternité adultérine, prohibée par l'article 342. Le tribunal devrait alors ordonner la mise en cause du mari (arg., art. 99 et du code de procéd., art. 856).

2° Que, si le mari est en cause et que la maternité ait été clairement établie, tandis que la paternité, contestée conformément à l'article 325, ne l'est pas, le tribunal ne doit pas dire, dans son jugement : « que, bien que la maternité soit constatée, la paternité ne l'est pas » (car ce serait la constatation d'une filiation adultérine); mais il doit dire simplement «que la réclamation du demandeur à l'effet d'établir sa filiation légitime n'est pas prouvée.»

3° Le jugement intervenu entre *quelques-uns* des héritiers de l'enfant et d'autres personnes ne profite et ne peut être opposé qu'aux héritiers qui ont été parties au procès, et non aux autres;

4° Le jugement statuant sur une action en réclamation d'état, formée contre quelques membres de la famille seulement, ne peut pas être opposé aux parents qui n'y ont pas figuré, et il ne peut pas être invoqué par eux.

571. Beaucoup de jurisconsultes anciens et modernes professent, sur l'effet de la chose jugée en matière d'état, une autre doctrine. Ils disent que le jugement rendu entre le réclamant et son *légitime contradicteur* a l'autorité de la chose jugée, même à l'égard des tiers, qui n'ont pas été parties au procès. Ils appellent légitime contradicteur celui qui a le *premier* et le *principal* intérêt dans la contestation. Mais ils ne sont pas toujours d'accord sur le point de savoir *qui* est le légitime contradicteur. Ainsi, du vivant des père et mère, ce sont les père et mère de l'enfant. Mais l'un ne représente pas l'autre. Après le décès du père ou de la mère, le survivant représente sa ligne de parents, et le plus proche parent de l'époux prédécédé représente les parents plus éloignés de sa ligne. Il en est de même lorsque les deux époux sont décédés. La théorie dite du *légitime contradicteur* repose sur la présomption d'une espèce de mandat, par suite duquel certains membres de la famille seraient constitués les représentants de tous les autres, sur quelques textes mal interprétés du droit romain et surtout sur l'*indivisibilité de l'état*.

Cette théorie est contraire aux textes des articles 100 et 1351. Rien ne justifie la présomption de ce mandat; c'est une pure fiction. Et enfin, cette théorie ne fait pas même disparaître d'une manière absolue l'inconvénient qui peut résulter de la contrariété de deux jugements rendus sur une question d'état, puisque, même d'après cette théorie, il peut y avoir *plusieurs* contradicteurs légitimes, et le jugement rendu avec l'un ne pourrait pas profiter ni être opposé aux autres. (Zachariæ, éd. Aubry et Rau, § 547 *bis*, note 23.)

CHAPITRE III.

DES ENFANTS NATURELS.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS (art. 331-333).

I. INTRODUCTION HISTORIQUE.

572. La légitimation doit son origine à l'empereur Constantin. D'après les lois romaines, elle pouvait avoir lieu de trois manières : 1° par le mariage subséquent des père et mère de l'enfant; c'est le mode le plus ancien; 2° par oblation à la curie (*per oblationem curiæ*) en faisant inscrire son fils sur la liste des décurions; ce mode a été introduit par les empereurs Théodose et Valentinien; 3° par un rescrit du prince (*per principis rescriptum*), introduit par Justinien. (L. 3, 4, 5, 9; C. *De naturalibus liberis*, 5, 27; Nov. 89, c. 9, 10.) La légitimation n'avait lieu qu'en faveur des enfants *naturels* proprement dits, c'est-à-dire nés *ex concubinatu*, union qui avait reçu une espèce de sanction légale. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 329.) Le droit canon admit la légitimation par mariage subséquent généralement en faveur de tous les enfants nés hors mariage, parce que le concubinat a perdu son caractère d'union particulière reconnue par la loi; les enfants

adultérins seuls ne pouvaient pas être légitimés. (C. 1, 6, X. *Qui filii sint legitimi*, 4, 17 : *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.* » Pape Alexandre III en 1172.)

573. Comme en France on suivait le code Théodosien, où la loi de Constantin ne se trouve pas, la légitimation par mariage subséquent y a été longtemps inconnue. Ce fut probablemeut dès les premiers rois de la troisième race que, tant par suite de l'étude du code de Justinien que par l'influence du droit canon, cette légitimation a été pratiquée en France. Il est très-probable que, dès le principe, elle donnait aux enfants le droit de succéder.

Une cérémonie particulière, et dont l'usage est très-ancien, était observée lorsqu'il y avait des enfants nés avant le mariage. Lors de la bénédiction nuptiale, les mariés et les enfants, ou, suivant quelques auteurs, la mère seule et les enfants étaient placés sous un poêle ou manteau. C'est pourquoi l'adage coutumier dit : *Enfants nés avant le mariage, mis sous le poêle, sont légitimés.* (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 58, éd. de MM. Dupin et Laboulaye.)

Il y avait une autre espece de légitimation, qui se faisait par l'autorité du prince. Elle avait pour effet de relever les enfants naturels de l'incapacité de remplir des dignités et des emplois, mais non de leur conférer le droit de succéder, à moins qu'ils n'eussent été légitimés du consentement de ceux auxquels ils étaient appelés à succéder et de leurs héritiers.

La déclaration du 26 novembre 1639 a défendu la légitimation par un mariage *in extremis*, c'est-à-dire en vue de la mort. Elle déclare incapables de toute succession les enfants nés de femmes que les pères avaient entretenues et qu'ils avaient épousées à l'extrémité de la vie. L'édit de 1697 étend cette incapacité même aux enfants qui pourraient naître *pendant* le mariage contracté dans de semblables circonstances ainsi qu'à leur postérité.

Aujourd'hui la légitimation peut avoir lieu par un mariage *in extremis*. La légitimation par l'autorité du prince n'a pas été reproduite dans le code, parce qu'elle n'a plus d'objet depuis que l'incapacité des enfants naturels d'occuper des dignités et des emplois a disparu. (Exposé de motifs de Bigot-Préameneu, n°s 28-30, Locré, VI, 206-211.)

En **Belgique**, la légitimation avait aussi lieu par mariage subséquent et par lettres du prince; cette dernière était dans les attributions du conseil privé, qui proposait la résolution au gouverneur général et l'expédiait au nom du prince. (Defacqz, *Ancien droit belgique*, p. 416 et suiv.)

II. CONDITIONS REQUISES POUR LA LÉGITIMATION.

574. La légitimation des enfants nés hors mariage a lieu de *plein droit* par le mariage subséquent de leurs père et mère; elle a lieu également si, dans l'intervalle entre la naissance et le mariage, le père ou la mère de l'enfant, ou tous les deux, avaient été mariés avec une autre personne. La légitimation est l'effet *nécessaire* du mariage; elle n'est pas facultative. Le sens des mots *pourront être légitimés* dans l'article 331 est : les père et mère ont la faculté d'opérer la légitimation en se mariant, ou de ne pas se marier ou de ne pas reconnaître leur enfant. Mais ils n'ont pas la faculté de modifier les effets du mariage. Le mariage putatif produit le même effet (n° 367).

575. Pour pouvoir les légitimer, il faut que les père et mère aient légalement reconnu leurs enfants avant leur mariage ou qu'ils les reconnaissent dans l'acte même de célébration. Il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit, parce qu'alors la recherche de la paternité était admise. Le motif de cette disposition nouvelle, c'est d'empêcher que les époux ne fassent passer pour les leurs des enfants étrangers, en les reconnaissant *après* le mariage. Ainsi, les enfants reconnus même quelques heures après la célébration du mariage ne sont pas légitimés; ils ont la position d'enfants naturels reconnus. (Cass. fr., 8 nov. 1870, D. P., 1873, 1, 124.)

Il faut que l'enfant ait été reconnu par son père *et* par sa mère. La reconnaissance faite par le père seul, même avec désignation de la mère, ne prouve pas à l'égard de cette dernière et n'entraîne donc pas la légitimation (art. 336).

La nullité de la reconnaissance entraîne la nullité de la légitimation. (Voy. *infrà*, n° 603.)

576. La reconnaissance forcée ou judiciaire, dans les cas où elle est admise (art. 340, 341), a les mêmes effets que la recon-

naissance volontaire. Donc, elle entraîne la légitimation si elle est *antérieure* au mariage; mais elle ne l'entraîne pas si elle a lieu *après* le mariage. (Demolombe, t. V, n° 363; Laurent, t. IV, n° 172.) Toutefois, ce dernier point est controversé.

577. Pour que l'enfant puisse être légitimé, il n'est pas nécessaire, d'une *manière absolue*, que le mariage ait été possible entre ses père et mère à l'époque de la conception (par exemple, art. 144, 228, 296-298). Il faut seulement que l'enfant ne soit ni *adultérin*, ni *incestueux*. Pour décider s'il est adultérin ou incestueux, il faut se reporter à l'époque de sa *conception*. Car la loi déclare impossible la légitimation des enfants *nés d'un commerce incestueux ou adultérin* (art. 331), quand même l'empêchement aurait cessé au moment de la *naissance*. Si l'empêchement n'avait pas existé au moment de la conception, mais bien au moment de la naissance, il n'y aurait aucun obstacle à la légitimation.

Ainsi, par exemple : Pierre, marié, procrée un enfant avec Pauline. L'enfant naît pendant le mariage de Pierre, ou moins de 180 jours après la dissolution de ce mariage; il reconnaît cet enfant après la dissolution de ce mariage et se marie avec Pauline. L'enfant ne peut pas être légitimé.

Au contraire, Pierre procrée un enfant avec Pauline et se marie avec une autre femme. Cet enfant naît pendant son mariage; après la dissolution de ce mariage, il se marie avec Pauline; son enfant procréé avec elle précédemment peut être légitimé.

Ou bien, dans la même hypothèse, Pauline se marie avec Jean; l'enfant naît avant le 180e jour du mariage, et Jean le désavoue. Pierre reconnaît l'enfant, se marie plus tard avec Pauline : l'enfant est légitimé.

578. Une question très-controversée est celle de savoir si l'enfant issu du commerce de deux personnes, parentes ou alliées au degré prohibé, est légitimé par le mariage subséquent contracté par ses père et mère moyennant dispense? L'article 331 est formel pour la solution négative. C'est à cette hypothèse seulement, c'est-à-dire aux enfants nés d'un commerce entre oncle et nièce ou tante et neveu, ou entre beau-frère et belle-sœur, que peut s'appliquer la défense de légitimer des enfants issus d'un commerce incestueux. Car aux autres enfants incestueux l'article 331 ne peut pas être applicable, leurs père et mère ne pou-

vant jamais se marier. (Gand, 1er mars 1871, P., 1871, 246 et la note.) La jurisprudence française se prononce pour la légitimation. (Cass. fr., 27 janvier 1874, D. P., 1874, 1, 216 et la note.)

579. En **Belgique**, un arrêté royal du 5 février 1817, pris en vertu de l'article 68 de la loi fondamentale, sous forme de dispense, déclare légitimes les enfants nés hors mariage, de personnes qui ont contracté mariage en vertu des dispenses des articles 162 et 163 du code civil, accordées par le roi, et qui avaient reconnu lesdits enfants avant leur mariage ou dans l'acte de célébration. Le même arrêté admet les père et mère, qui n'auraient pas reconnu leurs enfants, à les reconnaître encore; mais sans que cette légitimation puisse porter atteinte aux droits acquis par des tiers. Cet arrêté ne dispose que pour le passé, non pour l'avenir.

580. La légitimation peut avoir lieu, même en faveur des enfants décédés qui ont laissé des descendants; et, dans ce cas, elle profite à ces descendants (art. 332). Il est entendu que ces descendants doivent être légitimes; car il n'y a pas de parenté entre les enfants naturels et les ascendants de leurs père et mère. La loi considère cette légitimation comme une justice tardive rendue, dans la personne de ses descendants, à l'enfant décédé. Le point décidé par cet article était autrefois controversé.

III. DES EFFETS DE LA LÉGITIMATION.

581. Les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage (art. 333).

Mais l'effet de la légitimation ne remonte pas à l'époque de la naissance des enfants légitimés; il n'existe qu'à partir du mariage qui en est la cause. (Discours de Duveyrier, n° 33; Locré, VI, 314.) La position de l'enfant légitimé est donc, sous quelques rapports, moins favorable que s'il était né dans le mariage. Ainsi, par exemple, la légitimation n'opère pas la révocation d'une donation faite par son père ou sa mère *après* la naissance de l'enfant qui plus tard est légitimé, tandis que cette révocation aurait lieu par la survenance d'un enfant légitime (art. 960). De même, si le père ou la mère avait des enfants d'un précédent mariage,

et que des droits fussent subordonnés à la condition de primogéniture, l'enfant légitimé, quoique plus âgé que les autres, serait considéré comme étant le plus jeune. Par le même motif, l'enfant légitimé n'a aucun droit sur la succession de son frère consanguin ou utérin, issu d'un mariage précédent, et ouverte avant la légitimation.

L'usufruit légal des père et mère sur les biens de l'enfant légitimé ne commence que du jour du mariage.

SECTION II.

DE LA RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS (art. 334-342).

I. INTRODUCTION HISTORIQUE ET PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CODE.

582. D'après le droit romain, les enfants naturels proprement dits, nés ex *concubinatu* (n° 572), pouvaient rechercher leur paternité; les enfants illégitimes appelés *spurii* ou *vulgo quæsiti* n'avaient que la recherche de la maternité, leur père étant toujours incertain. Aucun mode particulier de preuve n'était prescrit.

Dans l'ancien droit français, on distinguait deux espèces d'enfants naturels appelés *bâtards*, les bâtards simples et les bâtards incestueux et adultérins; les adultérins étaient appelés *avoutres*. La recherche de la paternité et celle de la maternité étaient admises. Pendant longtemps, la jurisprudence suivait la règle que la femme enceinte devait être crue sur son serment, en ce qui concerne la paternité de son enfant, à moins qu'elle ne désignât un homme marié. L'homme désigné comme père pouvait faire la preuve contraire. La même règle était suivie en Belgique. Au reste, la jurisprudence n'excluait aucun autre mode de preuve de paternité ou de maternité. Les bâtards n'avaient sur les successions de leurs père et mère que le droit à des aliments; leurs parents ne pouvaient leur donner des avantages entre-vifs ou à cause de mort que dans des limites très-restreintes. Quelques coutumes renfermaient des dispositions qui leur étaient plus favorables. A défaut de descendants légitimes ou

de conjoint, et s'il n'y avait pas de testament, la succession du bâtard appartenait au roi ou au seigneur justicier, par droit de *bâtardise*.

583. Le décret du 4 juin 1793 ordonna que les enfants nés hors le mariage succéderaient à leurs pères et mères dans la forme qui serait déterminée. Le décret du 12 brumaire an II (2 novembre 1793), publié en Belgique par arrêté du directoire du 22 thermidor an VI, fut rendu en exécution du précédent. Il dispose dans l'article 1er : « Les enfants actuellement existants, nés hors du mariage, seront admis aux successions de leurs pères et mères, ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Ils le seront également à celles qui s'ouvriront à l'avenir. » L'article 2 dit que leurs droits de successibilité sont *les mêmes que ceux des autres enfants*. L'article 10 ordonne que l'état et les droits des enfants nés hors mariage, dont le père et la mère seront encore vivants lors de la promulgation du code civil (dont, dans l'intention de la Convention, la publication devait être prochaine) seront réglés par ce code. (Cass. B., 11 janv. 1866, B. J., t. 24, 70.)

Cette loi, tout en étant très-favorable aux enfants naturels, restreignait les modes de prouver la paternité admis dans l'ancien droit. Pour être admis à exercer les droits que ce décret leur confère, les enfants nés hors mariage devaient prouver leur *possession d'état*. « Cette preuve ne pourra résulter, » dit l'article 8, « que de la représentation ou d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite de soins donnés, à titre de paternité et sans interruption, tant à leur entretien qu'à leur éducation. La même disposition aura lieu pour la succession de la mère. » Le décret du 12 brumaire an II n'est pas applicable aux enfants naturels dont le père ou la mère était, lors de leur naissance, engagé dans les liens du mariage (art. 13); il ne fait pas mention des enfants incestueux.

Le titre du code civil *de la Paternité et de la Filiation* a été promulgué le 12 germinal an XI (2 avril 1803) et celui sur les *Successions*, qui fixe les droits successoraux des enfants naturels, a été promulgué le 9 floréal (29 avril) suivant. La loi du 14 floréal an XI (4 mai 1803) décréta que l'état et les droits des enfants nés hors mariage, dont les pères et mères étaient *morts* depuis

la promulgation du décret du 12 brumaire an II jusqu'à la promulgation des deux titres mentionnés du code civil, seraient réglés de la manière prescrite *par ces* titres, tandis que l'article 10 du décret du 12 brumaire an II n'avait soumis aux dispositions du futur code civil que l'état et les droits des enfants naturels dont le père et la mère seraient *encore existants* lors de la promulgation de ce code.

584. La section II de ce chapitre s'occupe non-seulement de la *reconnaissance* des enfants naturels, comme le dit son intitulé, mais en général des *preuves de la filiation des enfants nés hors mariage*. Le code s'écarte beaucoup de l'ancien droit. Le législateur a été beaucoup moins préoccupé du soin d'assurer l'état des enfants naturels et de leur fournir les moyens de rechercher les auteurs de leurs jours, que de la crainte de compromettre l'institution du mariage et l'organisation de la famille. C'est dans l'intérêt de la famille légitime qu'il a borné les droits des enfants naturels. (Exposé de motifs de Bigot-Préameneu, n° 32; Rapport de Lahary, n° 41; Locré, VI, 211, 270.) C'est pourquoi il a défendu toute recherche de la paternité, excepté en cas d'enlèvement (art. 340), et qu'il n'a admis que certains moyens de preuve déterminés pour rechercher la maternité.

La loi distingue deux catégories d'enfants illégitimes : les enfants naturels simples et les enfants naturels incestueux et adultérins. Le n° II traitera des premiers, le n° III des autres.

II. DES PREUVES DE LA FILIATION NATURELLE.

A. *De la reconnaissance des enfants naturels.*

585. La loi admet deux moyens de constater la filiation naturelle : 1° la reconnaissance de l'enfant et 2° la preuve testimoniale sous les conditions qu'elle détermine.

586. L'acte de naissance ne constitue pas le titre qui prouve la filiation de l'enfant naturel. S'il n'y a pas de raison de suspecter la déclaration d'une naissance légitime devant l'officier de l'état civil, il n'en est pas de même de la maternité naturelle. La mère est intéressée à la tenir secrète; il est à craindre que les déclarants, trompés par la mère ou d'accord avec elle, ne fassent une décla-

ration contraire à la vérité. (Mourlon, *Répétitions sur le code civil*, t. I, p. 465.) C'est par l'acte de *reconnaissance* que se prouve la filiation naturelle.

La reconnaissance d'un enfant naturel est un acte juridique d'une nature toute spéciale, et qui ne peut être jugé ni d'après les principes sur les obligations, ni d'après les principes sur d'autres actes unilatéraux, par exemple de l'acceptation ou de la répudiation d'une succession. Le concours dans l'acte ou l'acceptation de la part de l'enfant n'est pas nécessaire, sauf son droit de contestation.

1. DES CONDITIONS DE LA RECONNAISSANCE.

587. Ces conditions sont intrinsèques ou extrinsèques. Traitons d'abord des conditions *intrinsèques*.

588. 1° La reconnaissance ne peut être faite que par le père, quant à la filiation paternelle, et par la mère, quant à la filiation maternelle. Nul autre ne peut la faire pour eux, à moins d'avoir un mandat spécial et authentique ; autrement l'acte est nul (articles 36, 336).

Le père et la mère peuvent reconnaître simultanément l'enfant par un seul et même acte. Ils peuvent le faire séparément.

L'auteur de la reconnaissance n'est pas tenu d'indiquer la personne avec laquelle il a eu cet enfant.

L'officier de l'état civil doit même se refuser à indiquer cette désignation dans l'acte de reconnaissance, elle pourrait exposer le déclarant et l'officier de l'état civil à des dommages-intérêts (n° 139). La désignation de la personne avec laquelle le déclarant a eu l'enfant n'enlève pas son effet à l'acte de reconnaissance du déclarant.

589. Il suit des règles qui précèdent que la reconnaissance séparée du père, même avec indication de la mère, ne peut produire aucun effet à l'égard de cette dernière (art. 336).

La jurisprudence et beaucoup d'auteurs ont autrement interprété cet article, ainsi conçu : « La reconnaissance du père, sans « l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du « père. »

Il résulte, par argument *à contrario*, des termes *sans l'indica-*

tion et l'aveu de la mère, disent-ils, que, si la reconnaissance a été faite *avec indication* de la mère et *de son aveu,* elle a de l'effet à l'égard de la mère ; que cet aveu confirmatif de la mère n'a pas besoin d'être *authentique ;* qu'il peut résulter, par exemple, d'une lettre ou même des soins donnés à l'enfant. (Gand, 4 nov. 1868, P. 1869, 244.)

Cette interprétation est erronée. Car l'article 334 est général, et exige indistinctement un acte authentique pour la reconnaissance. Elle est contraire à l'article 341, alinéa 3, qui exige un commencement de preuve par écrit, pour que la mère puisse être recherchée. Elle est réfutée par les travaux préparatoires du code. D'après le projet de la commission, toute reconnaissance faite par le père *et non avouée* par la mère était nulle *même à l'égard du père.* Cette disposition fut rejetée à cause de l'intérêt de l'enfant d'être reconnu par son père. On substitua la rédaction de l'article 336, mais sans les mots *sans l'indication et l'aveu de la mère.* Ces mots ont été plus tard intercalés, pour mieux faire ressortir cette double thèse, d'abord que la reconnaissance du père peut être faite *sans l'aveu* de la mère, et que, dans ce cas, elle n'a pas d'effet à l'égard de la mère. (Alb. Allard, *Des Preuves de la filiation hors mariage,* n° 67.)

590. 2° Il faut être capable de volonté. Le dément, le furieux ne peuvent pas reconnaître un enfant. La jurisprudence et les auteurs, nonobstant les articles 1124 et 1305, admettent généralement qu'il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité civile de contracter, parce que l'acte de reconnaissance n'est pas une convention, et que la loi n'en déclare pas incapables ceux qui sont incapables de contracter ; que c'est l'accomplissement d'un devoir; que par conséquent peuvent reconnaître un enfant naturel : le mineur non émancipé, sans l'autorisation de son tuteur ; le mineur émancipé, sans le curateur ; les personnes placées sous conseil judiciaire, sans l'assistance du conseil ; la femme mariée, sans l'autorisation de son mari si elle a eu un enfant avant son mariage ; l'interdit, pourvu qu'il soit dans un intervalle lucide, et à plus forte raison celui qui est en état d'interdiction légale (*suprà,* n°s 129-130). Cette opinion est très-contestable. Car s'il est vrai que la reconnaissance n'est pas un contrat, elle entraîne des *obligations.* La reconnaissance est un devoir *si la paternité est réelle;*

mais c'est là précisément la question. Et ne faut-il pas garantir les personnes incapables contre les dangers d'une reconnaissance qui n'est pas conforme à la vérité ? En tout cas, on ne saurait admettre la validité d'une reconnaissance faite par un interdit. « *Tous* actes passés par l'interdit seront *nuls de droit* », dit l'article 502.

L'acte de volonté doit être libre, exempt de dol, de violence ou d'erreur (art. 1109).

591. 3° La reconnaissance doit être l'expression de la vérité ; autrement elle peut être contestée. (Voy. *infrà*, n° 603.)

592. 4° L'enfant peut être reconnu à toute *époque de sa vie* et dans quelque position qu'il se trouve. Il peut même être reconnu *avant sa naissance*, mais après sa conception (arg. art. 725, 906). L'article 334 ne s'y oppose pas ; car les mots *lorsqu'elle* (la reconnaissance) *ne l'aura pas été dans son acte de naissance* sont énonciatifs. Celui qui reconnaît l'enfant peut le désigner par l'indication de la mère, par la constatation de sa grossesse et par l'énonciation de l'époque probable ou approximative de la naissance. (Colmar, 25 janvier 1859, D. P. 1859, 2, 61.)

593. 5° Peut-on reconnaître l'enfant après sa mort ? Cela ne peut pas être douteux lorsque l'enfant a laissé des descendants qui profitent de cette reconnaissance (art. 332). S'il n'y a pas de descendants, il y a controverse. Une opinion se prononce pour la négative absolue, parce que, après la mort de l'enfant, la reconnaissance ne peut plus atteindre son but principal, d'être utile à l'enfant. Suivant quelques jurisconsultes, le père ou la mère, ou tous les deux peuvent bien reconnaître l'enfant après son décès, mais cette reconnaissance n'a plus pour effet de leur donner un droit sur sa succession. Suivant d'autres, la *mère seule* peut prouver sa maternité et réclamer la succession de l'enfant, en vertu d'un jugement déclaratif de la maternité ; mais une reconnaissance volontaire de sa part n'aurait pas cet effet. D'autres admettent la reconnaissance, tant pour le père que pour la mère, avec tous ses effets. Cette opinion est juste, car rien ne prouve que la reconnaissance ne puisse avoir lieu que dans l'intérêt de l'enfant. La reconnaissance ne *crée* pas la filiation, elle la *constate*. La loi ne s'y oppose pas. (Grenoble, 12 décembre 1850 et cass. fr., 7 janvier 1852, J. du P. 53, I, 45.)

594. Les conditions *extrinsèques* de la reconnaissance sont celles qui suivent :

La reconnaissance d'un enfant naturel doit toujours être faite par un acte *authentique*, afin de garantir celui qui en est l'auteur contre toute surprise, d'assurer sa complète liberté et de conserver les preuves de l'état (art. 334).

Elle peut être faite dans l'acte de naissance de l'enfant, ou par un acte séparé devant l'officier de l'état civil. Dans ce cas, l'acte de reconnaissance doit être inscrit sur les registres à sa date, et mention doit en être faite en marge de l'acte de naissance (articles 62, 334). Elle peut être faite aussi par acte passé devant notaire dans la forme ordinaire des actes notariés ; donc aussi dans un testament authentique (L. du 25 ventôse an XI, articles 1, 20, 68 ; C. civ., art. 971). Mais elle ne peut pas se faire par testament mystique, la suscription seule étant authentique, ni par testament olographe. (Agen, 26 novembre 1866, D. 66, 2, 235.) L'acte notarié n'a pas besoin d'être inscrit sur les registres de l'état civil ; l'article 62 du code civil ne s'applique qu'aux actes de reconnaissance faits devant l'officier de l'état civil.

Le notaire ou l'officier de l'état civil ne peut refuser de faire un acte de reconnaissance ou de procéder à l'annotation d'un acte régulier de reconnaissance d'enfant naturel, en marge de l'acte de naissance, peu importe que la reconnaissance contenue dans cet acte soit évidemment fausse ou absurde. (Gand, 17 juin 1844, B. J., t. 2, 1042.)

La reconnaissance peut être faite en outre sur le registre d'audience en cas d'aveu judiciaire (art. 1356) ; ou dans le procès-verbal de conciliation dressé en justice de paix. (Charleroi, trib. civ., 12 mai 1860, B. J., t. 18, 840.) En dehors de son ministère de juge conciliateur ou de juge ordinaire, le juge de paix, assisté de son greffier, ne peut pas recevoir la reconnaissance. Il ne faut pas raisonner par analogie de l'article 477. Cet article contient une attribution spéciale.

Les autres fonctionnaires publics sont incompétents pour recevoir ces actes ; par exemple, les greffiers, les huissiers, les fonctionnaires de l'ordre administratif.

595. La reconnaissance ne doit pas nécessairement être faite dans un acte dressé *ad hoc ;* elle peut être faite dans un acte ayant

un autre but (art. 331). Ainsi, l'enfant naturel peut être légalement reconnu dans *son propre* acte de mariage. (Cologne, 31 juill. 1843, B. J., t. 2, 665.)

2. DES EFFETS DE LA RECONNAISSANCE.

596. La reconnaissance valablement faite est irrévocable. Mais elle est révocable, comme le testament même, si elle a été faite par testament. Car le testament n'a un caractère définitif et irrévocable qu'après la mort du testateur, qui peut changer de volonté. Toutefois, la question est controversée. (Demolombe, t. V, nº 455.) La reconnaissance est *déclarative* et non pas *attributive* de la filiation; elle a donc un effet rétroactif au jour de la conception, mais sauf les droits acquis; ainsi, par exemple, le père ne pourrait pas faire annuler le mariage de l'enfant, par le motif que ce mariage aurait été contracté sans son consentement, avant la reconnaissance.

597. La reconnaissance produit ses effets, non-seulement à l'égard de son auteur et de l'enfant, mais aussi à l'égard des *tiers*. Toutefois la reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne peut nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés ou à naître *de ce mariage,* ou légitimés par ce mariage (art. 333, 337). Néanmoins, elle produit son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants.

Les enfants nés d'un mariage antérieur ou postérieur à la reconnaissance ne peuvent pas invoquer le bénéfice de l'article 337. La disposition de l'article 337 n'est pas applicable à l'enfant que l'un des époux a eu *avec son conjoint* avant le mariage, si l'enfant justifie sa filiation à l'égard de ce dernier par une reconnaissance volontaire ou forcée.

Elle ne s'applique pas non plus aux enfants naturels reconnus après la dissolution, mais nés avant la célébration de ce mariage, quand même il existerait des descendants de ce mariage. Elle ne s'applique pas non plus au cas d'une reconnaissance forcée ou judiciaire. (*Contrà,* Cass. fr., 16 déc. 1861, D., 1862, 1, 39 et la note.)

3. DE LA NULLITÉ ET DE LA CONTESTATION DE LA RECONNAISSANCE.

598. La reconnaissance est nulle lorsqu'elle est dépourvue d'une des conditions essentielles pour sa validité (nos 588-593). Donc si elle a été faite par une personne autre que le père ou la mère ou leur fondé de pouvoirs; si elle a été faite par une personne en démence; si elle a été faite devant un officier public incompétent pour la recevoir; si l'acte est entaché d'un vice de forme, qui en entraîne la nullité; si la reconnaissance a été faite dans un acte sous seing privé; si elle est le résultat du dol, de la violence ou de l'erreur. Dans ce dernier cas, elle est annulable; l'action en nullité dure dix ans et l'auteur de la reconnaissance ou ses héritiers peuvent la faire tomber, sans prouver qu'elle est contraire à la vérité. Si elle est nulle pour une des autres causes, quiconque a intérêt peut en faire prononcer ou opposer la nullité. Cette nullité est imprescriptible, sauf en ce qui concerne les droits pécuniaires.

599. Il y a plusieurs questions controversées sur l'effet d'un acte de reconnaissance fait sous seing privé.

On a prétendu que la reconnaissance sous seing privé peut être rendue authentique par l'effet du jugement, qui, à la suite d'une vérification ou d'une reconnaissance d'écriture, déclare que l'acte est émané de la personne à laquelle on l'attribue. C'est une opinion erronée; car la forme authentique est substantielle pour l'existence même de l'acte de reconnaissance. Aucune action ne peut donc être fondée sur une reconnaissance sous seing privé. Toute action qui ne serait pas fondée sur un acte de reconnaissance authentique serait, contre le père, une recherche de paternité. Elle n'est donc pas recevable. L'opinion contraire repose sur une pétition de principe consistant en ce que l'on admet une vérification d'écriture, tandis que, pour arriver à cette vérification d'écriture, il faut que le porteur de l'acte sous seing privé prouve, préalablement, qu'il a un *droit d'agir*. La reconnaissance sous seing privé peut servir contre celui qui l'a faite dans le cas exceptionnel où la recherche de la paternité est admise (art. 340, alinéa 2). Elle forme, *contre la mère*, un commencement de preuve par écrit en cas de recherche de la maternité.

600. On a soutenu que la reconnaissance d'un enfant naturel, faite par acte sous seing privé, suffit pour que l'enfant au profit duquel elle a eu lieu puisse réclamer des aliments contre son père, parce que, dans ce cas, l'obligation alimentaire serait non-seulement une obligation naturelle, mais une obligation civile. Ce raisonnement repose aussi sur une pétition de principe. Car, pour établir qu'il y a obligation naturelle, il faut préalablement prouver la paternité naturelle, et cette preuve ne peut être faite que par acte authentique. (*Contrà,* Brux., 16 juillet 1868, B. J., t. 26, 996.)

601. Par les mêmes motifs il faut déclarer sans effet la promesse sous seing privé du père de fournir des aliments à son enfant naturel, soit que la promesse soit simple et sans indication de la cause, soit qu'elle contienne reconnaissance de l'enfant naturel, car une semblable promesse ne peut pas valoir comme donation, parce qu'elle n'est pas revêtue de la forme authentique requise pour les donations (art. 931). Elle ne peut pas valoir comme engagement à titre onéreux ayant pour cause l'exécution d'une obligation *naturelle,* l'alimentation de son enfant, parce que la cause ne peut pas être prouvée par acte sous seing privé. La loi exige l'acte authentique précisément pour empêcher que des reconnaissances ne soient faites par surprise. Le but de la loi serait manqué si une reconnaissance accompagnée d'une promesse d'aliments pouvait avoir plus d'effet qu'une reconnaissance simple. Pour la validité de semblables engagements, voy. Brux., 11 juillet et 7 août 1860 (B. J., t. 19, 310, 114).

602. La reconnaissance sous seing privé ne peut pas être invoquée comme preuve de la filiation naturelle, soit pour en faire résulter un empêchement de mariage, soit contre l'enfant, pour prouver son incapacité de recevoir à titre gratuit au delà de la quotité que la loi lui permet de recevoir (art. 908).

603. La reconnaissance peut être *contestée* lorsqu'elle n'est pas l'expression de la vérité et qu'elle attribue à un enfant une filiation qui n'est pas la sienne. La preuve peut en être faite par tous les moyens, par témoins et même par présomptions (art. 339). (Cologne, 2 mars 1854, J. P. B., 1854, 503; Gand, 24 mai 1860, B. J., t. 18, 833; Brux., 20 janv. 1875, P., 1875, 90.)

La reconnaissance peut être attaquée en nullité ou contestée

par tous ceux qui y ont un intérêt : ainsi par l'enfant, en prouvant qu'il n'est pas l'enfant de celui qui l'a reconnu ; par la mère, qui peut attaquer la reconnaissance du père, et vice versâ ; par celui qui a reconnu un enfant naturel, postérieurement à la reconnaissance du même enfant par un autre individu ; par l'auteur de la reconnaissance lui-même, par ses héritiers ou successeurs, tant au nom de leur auteur qu'en vertu d'un intérêt qui leur est propre ; par les légataires.

604. La contestation de la reconnaissance, d'ailleurs valable, mais basée sur ce qu'elle n'est pas conforme à la vérité, est imprescriptible à l'égard de l'enfant, comme toutes les questions d'état. Elle ne peut pas être repoussée par l'exception de renonciation, par laquelle les autres demandes en nullité peuvent être repoussées.

B. *De la preuve testimoniale ou de la recherche de la paternité et de la maternité.*

1. DE LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ.

605. La recherche de la paternité est interdite (art. 340, alinéa 1). Cette disposition est absolue. La recherche de la paternité n'est jamais permise à personne, ni contre le père, ni contre l'enfant. Ainsi, l'enfant ne peut pas rechercher son père, pour prouver son droit de recueillir une partie de sa succession ou pour réclamer des aliments. Nul ne peut rechercher la paternité pour prouver l'incapacité de l'enfant de recevoir à titre gratuit, ou pour prouver des empêchements de mariage.

606. Par exception à la règle qui précède, la recherche de la paternité est admise en cas d'*enlèvement*. Si l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception, le ravisseur *peut* être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant (art. 340, alin. 2). Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'il y ait lieu à appliquer cette disposition :

1° Il faut qu'il y ait eu *enlèvement*. Ce mot n'est pas synonyme du *rapt* proprement dit. Il ne doit pas être pris ici dans le sens restreint que lui donne le code pénal de 1791, en vigueur à l'époque de la rédaction du code, ni dans celui du code pénal de 1810. L'article 340, alin. 2, doit être appliqué à tous les cas où la cohabitation a eu lieu par suite d'un attentat contre la liberté

personnelle de la femme, commis avec *violence* contre une femme soit *mineure* soit *majeure;* donc au cas d'enlèvement proprement dit et à ceux d'arrestation illégale, de séquestration ou de détention arbitraire (code pénal, art. 341-344; 354-357; code pénal belge, art. 368-371; 434-438). Quelques jurisconsultes l'appliquent, pour les mêmes motifs et avec raison, au cas de viol. (Demolombe, V, n° 491.)

Mais l'article 340 ne s'applique pas à l'enlèvement par *fraude.* La recherche de la paternité n'a été admise que par suite de la supposition que l'enlèvement pourrait donner lieu à des dommages-intérêts envers la mère, et uniquement pour le motif que la durée plus ou moins longue de la séquestration de la mère, pendant le temps correspondant à celui de la conception, pourrait fournir la preuve de la paternité du ravisseur. Ces deux considérations ne s'appliquent pas au rapt de séduction ou à l'enlèvement par fraude. Ce rapt n'emporte pas l'idée de la séquestration. La personne ravie est libre.

2° Il faut que l'époque de la conception coïncide avec celle de la séquestration ou de l'enlèvement. Pour fixer l'époque de la conception il faut recourir aux présomptions des articles 312 et 314.

607. Il n'est pas nécessaire que le fait de l'enlèvement ait été préalablement jugé par les tribunaux criminels pour que la recherche de la paternité soit admise.

608. Aucune présomption légale ne force le juge à déclarer la paternité. Le ravisseur *pourra* être déclaré le père de l'enfant si toutes les circonstances de fait corroborent la probabilité résultant de la séquestration. Ces circonstances peuvent être prouvées par tous les moyens sans qu'il y ait un commencement de preuve par écrit.

2. DE LA RECHERCHE DE LA MATERNITÉ.

609. La recherche de la maternité est admise parce que la preuve de la maternité est toujours physiquement possible (article 341, alin. 1).

610. Qui peut rechercher la maternité? Suivant quelques jurisconsultes, l'enfant seul; suivant d'autres, toute personne intéressée à la rechercher. La première opinion se fonde sur le texte de

l'article 341 : « *L'enfant qui réclamera sa mère*, etc., » et sur l'analogie de l'article 329, qui n'admet l'action en réclamation d'état au profit des héritiers qu'autant que l'enfant est décédé dans les cinq ans de sa majorité. Mais l'article 341 statue sur le cas le plus ordinaire où l'enfant lui-même réclame. Cette rédaction n'exclut pas le droit des autres personnes intéressées à réclamer, par exemple du père, de l'héritier, du légataire, du créancier de l'enfant. On peut argumenter *à fortiori* de l'article 340, qui admet même la preuve de la paternité en faveur *de toute personne intéressée* dans les cas où elle est admise.

L'action est imprescriptible à l'égard de l'enfant. Elle se prescrit dans les délais ordinaires de trente ans à l'égard des autres personnes intéressées.

611. La preuve de la maternité doit comprendre le fait de l'accouchement de la femme et l'identité du réclamant avec l'enfant dont elle est accouchée (art. 341, alin. 2). Ces deux preuves peuvent se faire cumulativement ou l'une après l'autre.

La preuve *de l'accouchement* peut se faire par titres ou par témoins; mais par témoins seulement lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 341, alin. 3). Quelques auteurs entendent l'article 341, alin. 3, en ce sens que le commencement de preuve par écrit est requis seulement pour établir l'*identité*, non pour établir l'*accouchement*. Mais cette interprétation est contraire au sens grammatical de l'article 341; car l'alinéa 2 de cet article parle de la preuve de l'accouchement et de l'identité; et l'alinéa 3 continue : « *Il ne sera pas reçu à faire cette preuve*, etc.; » donc : la double preuve.

L'acte de naissance ne forme ni preuve de la filiation naturelle, ni même un commencement de preuve par écrit, quand même il aurait été fait conformément à l'article 56 et par une des personnes y désignées. (Pau, 21 juin 1855, D. P., 1856, 2, 258 et la note; Caen, 1er mars 1860, D., 1861, 2, 12. En sens contraire : Cour prov. du Limbourg, 14 janvier 1850, B. J., t. 8, 954; et Berlin, cass., 8 janvier 1850, J. P. B., 1853, p. 5, dans la note.) L'acte de naissance prouve, jusqu'à inscription de faux, qu'*il y a eu un accouchement*; mais il ne prouve pas *quelle femme* est accouchée.

Le commencement de preuve par écrit est défini dans l'arti-

cle 324 (n° 560). Le commencement de preuve par écrit ne peut pas être remplacé par des présomptions ou indices résultant de faits constants. Dans l'intérêt du repos des familles et pour éviter le scandale, la loi n'applique pas l'article 323 à la preuve de la filiation naturelle.

La preuve de l'*identité* peut se faire par la possession *constante* d'état, pourvu que l'accouchement même soit constant. La possession d'état même peut se prouver par témoins *sans commencement de preuve par écrit;* car elle se compose de faits publics dont la réunion appartient d'ailleurs à l'appréciation du magistrat (n° 550). Il ne faut pas confondre la preuve testimoniale directe de l'identité avec la preuve de possession d'état dont on fait résulter l'identité. (Orléans, 18 février 1858, D. P., 1858, 2, 113.)

L'identité peut s'établir par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit. Ni l'acte de naissance, ni la preuve littérale de l'accouchement ne peuvent former un commencement de preuve par écrit de l'identité.

612. Les règles sur la preuve de la maternité sont applicables au cas où elle est réclamée par un tiers, comme au cas où elle est réclamée par l'enfant lui-même.

613. La recherche de la maternité est permise contre une femme mariée, pourvu qu'elle ne conduise pas à la preuve d'une filiation adultérine; par exemple, elle est permise si l'enfant naturel est né avant le mariage.

614. La recherche de la maternité ou de la paternité, dans le cas où cette dernière est admise, ne peut pas avoir lieu contre l'enfant dans le but de faire réduire les libéralités qui lui auraient été faites (art. 756, 908). Pour l'opinion contraire on invoque l'article 340, qui admet à la recherche de la paternité les parties intéressées indistinctement. Mais les textes du code relatifs à cette matière prouvent que le législateur, en fixant les règles sur la reconnaissance des enfants naturels et sur la recherche de la paternité et de la maternité, a été principalement et uniquement préoccupé de la question de savoir s'il fallait maintenir ou modifier l'ancien droit, et quelles conséquences la reconnaissance et la recherche de la maternité pourraient avoir *en faveur* de l'enfant. Les articles 335 et 337 ne traitent que de la reconnaissance *au profit de l'enfant*. D'après l'article 339, la reconnaissance ou la

réclamation de l'enfant peut être *contestée* par tous ceux *qui y ont intérêt;* mais il n'est pas dit que ceux qui y ont un intérêt puissent faire *reconnaître* un enfant naturel. Les travaux préparatoires du code confirment cette interprétation. (Locré, t. VI, p. 30 et 366; Gand, 10 août 1849, B. J., t. 7, 1138, et la note; P., 1849, p. 336; Cass. fr., 3 février 1851; D., 1851, 1, 116; Caen, 1er mars 1860, D., 1861, 2, 12.)

C. *De la possession d'état.*

615. C'est une question très-controversée que celle de savoir si la possession d'état peut prouver la filiation de l'enfant naturel. Il y a trois opinions : 1° la possession d'état ne prouve la filiation naturelle ni à l'égard du père, ni à l'égard de la mère; 2° elle peut prouver la filiation naturelle à l'égard de la mère seulement, mais non à l'égard du père; 3° elle peut prouver la filiation à l'égard du père comme à l'égard de la mère.

616. Il n'y a pas longtemps, on n'admettait que l'une ou l'autre des deux premières opinions. M. Demolombe a fortement défendu la troisième, dans un article de la *Revue de législation et de jurisprudence,* t. I, p. 427. Son opinion se fonde principalement sur les motifs suivants :

Les règles sur la preuve de la filiation naturelle, dont s'occupe le chapitre III du présent titre, doivent être complétées par les règles sur la preuve de la filiation des enfants légitimes dont s'occupe le chapitre II. C'est ce qui explique pourquoi la loi n'a pas traité spécialement de la possession d'état des enfants naturels. Mais la possession d'état constitue une reconnaissance plus péremptoire que celle de l'article 334. Elle est publique et persévérante; elle prouve plus que l'acte public puisqu'elle établit en même temps l'identité.

Cette doctrine n'est pas contraire aux articles 340 et 341, lesquels ne disposent que pour le cas où l'enfant n'est pas en possession de son état. Il ne peut être question de la *recherche* lorsque l'enfant est en possession de sa filiation. Prouver la possession d'état n'est pas rechercher la paternité ni la maternité, c'est prouver l'existence de son *titre;* de même que, par exemple, la preuve de la validité d'un acte de reconnaissance n'est pas une

recherche de la paternité. Les faits à prouver pour établir la possession d'état sont publics; ce ne sont pas des faits de relations intimes, dont le législateur a proscrit la preuve. La loi du 12 brumaire an II, tout en abolissant la recherche de la paternité, a admis comme preuve de la filiation naturelle la possession d'état. (Demolombe, V, n° 480.)

617. Nous ne pouvons pas partager cette opinion et nous croyons que la possession d'état ne peut prouver la filiation, ni à l'égard du père ni à l'égard de la mère. Car elle est contraire au texte des articles 334, 335, et surtout 341; ce dernier prescrit d'une manière positive et impérative comment et dans quels cas la recherche de la maternité peut être faite. La loi n'a pas même admis, à l'égard de la mère, la preuve résultant de la possession d'état, parce qu'elle n'établit qu'une présomption incertaine. Le silence de l'article 341 sur la possession d'état est une omission volontaire et réfléchie de la part du législateur. Loin de l'admettre comme *preuve* de la filiation, il ne l'admet pas même comme *commencement* de preuve. La loi du 12 brumaire an II avait admis cette preuve; le code l'a repoussée. Le projet primitif de l'article 341 portait après les mots : « *commencement de preuve par écrit* », les mots : « *ou une possession constante de la qualité de fils naturel de la mère qu'il réclame* ». Ces dernières expressions ont été supprimées, évidemment, parce que le législateur n'a pas voulu admettre la possession d'état comme un commencement de preuve, même à l'égard de la mère. Les partisans de l'opinion contraire disent que la fin du projet de l'article 341 a été supprimée parce que la possession d'état d'enfant naturel ne forme pas seulement un *commencement de preuve*, mais une *preuve complète* de la filiation. Mais soutenir cette thèse, c'est admettre précisément ce qu'il s'agit de prouver. C'est donc une pétition de principe. Au reste il n'est pas probable que le législateur ait voulu, par son simple silence, admettre un mode de preuve de la filiation naturelle qu'il a cru nécessaire d'exprimer formellement pour la preuve de la filiation légitime. Il résulte de l'exposé des motifs que le législateur a considéré comme unique mode de preuve de la filiation contre le père sa propre reconnaissance, ou dans l'acte de naissance de l'enfant ou dans un acte authentique. (Exposé des motifs, n° 33, Locré, VI, 212.) La possession d'état en ce qui con-

cerne les enfants naturels offre toujours de grandes incertitudes.

Pour la preuve de la filiation légitime, le législateur met la possession d'état sur la même ligne que l'*acte de naissance*. En admettant la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, on est nécessairement amené à donner le même effet à l'acte de naissance. On pourrait même argumenter *à fortiori* pour l'acte de naissance. Car pour qu'il ne soit pas vrai, il faut qu'il y ait eu une fausse déclaration, donc un crime (n° 153), tandis qu'une fausse possession d'état ne suppose aucun acte criminel.

618. Pour les mêmes motifs nous ne pouvons pas appliquer l'article 322 à la filiation naturelle, comme le font plusieurs jurisconsultes. (Voy., sur cette question, C. Fr. 27 janvier 1857, D. P., 1857, I, 196 et la note 4.)

Ainsi lorsqu'un individu a un acte de naissance ou un acte de reconnaissance et une possession conforme qui lui attribuent l'état d'enfant naturel, il peut néanmoins réclamer l'état d'enfant légitime, et il ne sera pas repoussé par la fin de non-recevoir résultant de l'article 322 (Gand, 24 mai 1860, B. J., t. 18, 833) ; et par la même raison, l'état de cet enfant peut encore être contesté, nonobstant la conformité de sa possession d'état à son acte de naissance ou de reconnaissance.

619. La jurisprudence est divisée sur les questions qui précèdent. Pour l'opinion que la possession d'état peut prouver la filiation naturelle à l'égard de la mère, se prononcent : Liége, 22 mai 1844 ; Brux., 14 août 1844, B. J., t. 2, 1212, t. 3, 1701, P. 1845, 2, 5 et 7 ; Brux., 29 décembre 1852, B. J. t. 11, 245; P. 1853, 2, 71 ; J. P. B. 1853, 5 et la note en sens contraire. — Pour l'opinion que la possession d'état ne peut pas prouver la filiation naturelle : Pau, 24 juin 1857, D. P. 1857, 2, 154 et la note; Liége, 25 janvier 1865, cass. B. 11 janvier 1866, B. J., t. 23, 1333; t. 24, 70; Brux., 29 juin 1877, P. 1877, 346.

III. DES ENFANTS INCESTUEUX ET ADULTÉRINS (art. 335, 342).

620. Le législateur a voulu empêcher toute révélation d'une filiation incestueuse ou adultérine ; il en repousse la preuve d'une manière absolue ; aucun acte ni du père, ni de la mère, ni de l'enfant ne peut l'établir ; on ne devrait jamais avoir à s'occuper de

la filiation adultérine ou incestueuse. « Il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir », dit Lahary, dans son rapport au Tribunat, n° 34 (Locré, VI, 264). C'est pourquoi ni la reconnaissance, ni la recherche de la paternité ou de la maternité de ces enfants ne peut avoir lieu, soit à leur profit, soit contre eux (art. 335, 342).

621. De cette règle il suit : 1° que la recherche de la paternité n'est pas même admise dans le cas d'enlèvement, si la femme enlevée était mariée (art. 340, 342) ; 2° que la recherche de la maternité n'est pas admissible lorsque l'enfant, reconnu par un homme non marié, a pour mère une femme, mariée au moment où il a été conçu ; 3° qu'un enfant né d'une femme non mariée, mais reconnu par un homme marié, peut contester cette reconnaissance illégale pour réclamer contre sa mère l'état d'enfant simplement naturel ; 4° qu'un enfant reconnu de ses père et mère par deux actes séparés, mais de telle sorte que la reconnaissance serait adultérine à l'égard de l'un d'eux, a la qualité d'enfant naturel simple à l'égard de celui des auteurs de ses jours qui était libre, et que la reconnaissance de l'autre est nulle (Bruxelles, 14 juillet 1847, B. J., t. 5, 1323, P. 1847, 216) ; 5° que si, dans l'hypothèse qui précède, la reconnaissance de l'enfant a eu lieu par ses père et mère dans un seul et même acte, elle est nulle à l'égard de tous les deux, parce que l'acte de reconnaissance prouve en même temps que l'enfant est adultérin ; l'acte ne peut pas être scindé ; 6° qu'il en serait de même si un enfant incestueux avait été reconnu dans un seul et même acte par ses père et mère ; mais que, si la reconnaissance avait eu lieu par deux actes séparés faits à des époques différentes, la première serait valable, la seconde nulle.

622. La nullité de la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux est *absolue* ; elle ne peut se couvrir ni par une ratification, ni par une renonciation ; peu importe qu'elle ait été faite par acte authentique ou par acte sous seing privé ; qu'elle ait été acceptée par l'enfant ou non. Elle ne produit absolument aucun effet. (Bruxelles, 14 juillet 1847, B. J., t. 5, 1325 ; P. 1847, 216 ; cass. Fr. 7 janvier 1852, J. P., 1853, I, 45 ; D. P., 1852, 1, 75 ; Bourges, 12 juillet 1859, D. P., 1859, 2, 209 et la note.)

623. Bien que la loi n'admette ni la reconnaissance des en-

fants adultérins ou incestueux, ni la recherche de la maternité ou paternité à leur égard, elle s'occupe des droits de ces enfants dans les articles 762 et 908 en ne leur accordant que des aliments. Comment cette disposition se concilie-t-elle avec les articles 335 et 342 ? A quels enfants adultérins et incestueux s'applique-t-elle ?

Elle s'applique aux cas où l'existence des enfants adultérins ou incestueux est légalement constatée indépendamment de la reconnaissance et de la recherche de la paternité et de la maternité. C'est ce qui est possible dans trois cas : 1° si un mariage, *contracté de mauvaise foi* contrairement aux articles 147, 162 ou 163, a été annulé (n° 364) ; 2° en cas de désaveu (n°s 507-510) ; 3° si un jugement prononcé en dernier ressort a, par erreur, admis la recherche d'une paternité ou maternité qui conduit à la preuve d'une filiation incestueuse ou adultérine, par exemple, si, dans le cas de l'article 325, le juge avait admis la réclamation d'état d'enfant légitime contre la mère seule. (Voy. *supra*, n°s 562, 570 ; discours de Lahary et de Duveyrier, Locré, VI, 264, 323 ; Bruxelles, 3 février 1849, B. J., t. 8, 401 ; P. 1849, 269.)

624. Suivant d'autres jurisconsultes, les articles 335 et 342 ont uniquement pour but de refuser aux enfants incestueux ou adultérins les droits de famille et de succession dont jouissent les enfants naturels ordinaires ; mais la reconnaissance produit ses effets légaux, soit en faveur des enfants, soit contre eux. Suivant les partisans de cette opinion, l'article 762 aurait dérogé à l'article 335 ; le législateur n'aurait pas porté la disposition des articles 762 et 908 s'il n'avait pas supposé que la preuve de la filiation incestueuse ou adultérine pourrait résulter de la reconnaissance ; que si l'on n'admet pas cette opinion, il serait possible qu'un enfant notoirement adultérin ou incestueux, c'est-à-dire reconnu tel, fût traité plus favorablement que l'enfant simplement naturel. Ils s'appuient sur l'opinion de Siméon et Jaubert, exprimée à l'occasion des articles 762 et 908. (Locré, X, p. 294.)

Cette opinion se réfute par ce qui a été dit au numéro précédent. Le législateur a voulu prévenir d'une manière absolue les débats scandaleux qui résulteraient de l'action judiciaire fondée sur un acte de reconnaissance, peu importe qu'elle soit intentée par l'enfant adultérin ou incestueux, ou contre lui.

D'autres jurisconsultes ont adopté des opinions intermédiaires qui ne sont pas mieux fondées. Ainsi, suivant quelques-uns, la reconnaissance peut être *opposée* à l'enfant, mais l'enfant ne peut pas en profiter; suivant d'autres, l'enfant peut en profiter pour réclamer des aliments, mais la reconnaissance ne peut pas lui être opposée.

TITRE VIII.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

INTRODUCTION HISTORIQUE.

625. L'adoption romaine, à laquelle l'organisation de la famille chez ce peuple donnait un caractère particulier, était contraire aux idées et aux mœurs françaises, aussi bien dans les pays du droit écrit que dans ceux du droit coutumier. Elle était inconnue dans l'ancien droit français; mais il y avait une institution analogue : on pouvait nommer un héritier sous la condition qu'il porterait le nom du testateur; quelquefois ces institutions étaient contractuelles (*affiliations*). (Gary, Discours, n° 1; Locré, VI, 642.)

Le 18 janvier 1792, l'assemblée législative décréta l'adoption en principe : « L'assemblée nationale décrète que son comité de législation comprendra dans son plan général des lois civiles, celles relatives à l'adoption. » Par son décret du 25 janvier 1793, la Convention nationale adopta la fille de Michel Lepelletier, et chargea son comité de législation de lui présenter très-incessamment un rapport sur les lois de l'adoption. D'après l'acte constitutionnel du 24 juin 1793, article 4, l'adoption d'un enfant était l'un des moyens d'acquérir les droits de citoyen français. L'adoption fut d'un usage assez fréquent, bien qu'aucune loi n'en eût réglé les conditions ni les effets. La plupart des municipalités

donnèrent aux actes d'adoption une place dans les registres de l'état civil; elle s'opérait par un simple acte passé devant l'officier de l'état civil. Par un décret du 16 frimaire an III, la Convention, sans déterminer les effets de l'adoption, déclara qu'elle devait donner lieu à des droits et ordonna que les juges de paix seraient tenus de faire les actes dont ils seraient requis pour la conservation des droits des adoptés. Dans l'arrêté du 19 floréal an VIII, le gouvernement inséra un modèle pour la rédaction des actes d'adoption. (Voy. les Discussions de la loi du 25 germinal an XI (15 avril 1803); Locré, VI, 670 et suiv.)

626. La commission nommée le 24 thermidor an VIII pour la rédaction d'un projet de code civil (n° 3), ne proposait ni de maintenir, ni d'organiser l'adoption; elle gardait le silence le plus absolu sur cette matière. Mais comme elle entrevoyait que le premier consul pourrait vouloir y recourir, elle déclara, dans la séance du conseil d'État du 6 frimaire an x, que l'on pourrait l'admettre « comme mesure politique, parce qu'il importait grandement à l'État que des citoyens recommandables par les services qu'ils lui avaient rendus, et que les circonstances avaient éloignés du mariage, ou dont l'union était stérile, pussent, par des choix éclairés et communément préférables au hasard de la naissance, lui laisser des enfants qui leur ressemblent ». Le premier consul partageait ces idées. (Locré, I, 95-96.) Dans ses observations sur le projet du code civil, la majorité du tribunal de cassation s'était prononcée pour le maintien de l'adoption. (Rapport de Perreau au Tribunat, n° 4; Locré, VI, 624.)

Dans la séance du 6 frimaire an x (27 novembre 1801), Berlier, au nom de la section de législation du conseil d'État, présenta un projet qui faisait de l'adoption une institution de droit *commun*, purement civile, établie pour tous les citoyens.

627. Lors de la reprise des discussions du projet du code civil, interrompues par suite du message du 12 nivôse an x (n° 4), le premier consul se rallia au système proposé par la section de législation, qui a passé dans le code civil. Plusieurs membres du conseil d'État étaient opposés à l'adoption, parce qu'ils craignaient qu'elle ne favorisât le célibat. Le législateur a vu dans cette institution un mode de bienfaisance pour l'adopté par les avantages et les soins que lui donne l'adoptant, et pour ce

dernier, par la reconnaissance et l'affection filiale que lui porte l'adopté.

Les règles sur cette matière n'ont pas été puisées dans le droit romain. L'adopté ne sort pas de sa famille naturelle. « On a senti que l'adoption des Romains ne convenait point à nos mœurs », dit Berlier, dans l'Exposé de motifs, n°s 3 et 4. « Un exemple plus rapproché de nos temps et de nos mœurs existe près de nous. L'adoption a trouvé place et faveur dans le *code prussien*. Le vrai point de départ y est fixé, et nous l'avons suivi, ou plutôt nous nous sommes rencontrés dans la même voie, après avoir examiné beaucoup d'autres systèmes. » (Locré, VI, 599-600.)

628. Le titre de *l'Adoption et de la Tutelle officieuse* a été décrété le 2 germinal an XI (23 mars 1803) et promulgué le 12 germinal suivant (2 avril). Aucune disposition n'avait encore réglé les effets des adoptions qui avaient eu lieu antérieurement. La loi du 25 germinal an XI combla rétroactivement cette lacune. Cette loi déclare valables tous actes, contrats authentiques, dispositions entre-vifs ou à cause de mort faits sans lésion de légitime d'enfant, toutes transactions ou jugements par lesquels les droits résultant des adoptions antérieures avaient été réglés (art. 3). Les adoptés dont les droits n'avaient pas été fixés par un des modes indiqués pouvaient jouir de tous les droits accordés par le code civil, si, dans les six mois à dater de la publication de la loi du 25 germinal, l'adoptant ne se présentait devant le juge de paix de son domicile pour y affirmer que son intention n'avait pas été de conférer à l'adopté tous les droits de successibilité qui appartiendraient à un enfant légitime. Dans ce dernier cas, les droits de l'adopté étaient, quant à la successibilité, limités au tiers de ceux d'un enfant légitime (art. 4, 5).

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ADOPTION.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ADOPTION ET DE SES EFFETS (art. 343-352).

I. NOTION ET ESPÈCES.

629. L'adoption est un acte qui crée entre deux personnes un rapport analogue à celui qui résulte de la paternité et de la filiation légitime.

630. Il faut distinguer l'adoption *ordinaire* ou de droit commun et l'adoption *privilégiée*. Elles ne diffèrent pas dans leurs effets; mais la dernière est dispensée de certaines conditions et solennités auxquelles l'adoption ordinaire est soumise. Elle comprend l'adoption *rémunératoire* et l'adoption *testamentaire*.

II. CONDITIONS REQUISES.

A. *De l'adoption ordinaire.*

631. Pour pouvoir adopter il faut :

1° Etre âgé de plus de cinquante ans; car alors l'individu est moins disposé au mariage; et si ce sont des époux, il y a peu d'espoir qu'ils auront encore des enfants;

2° Avoir au moins quinze ans de plus que celui que l'on veut adopter. C'est un reste de l'idée que l'adoption doit imiter la nature (*adoptio imitatur naturam*);

3° N'avoir ni enfants ni descendants légitimes ou légitimés. L'adoption est accordée comme une consolation à ceux qui n'ont pas d'enfants ou qui les ont perdus (art. 343);

4° Si l'adoption se fait par une personne mariée, il faut le consentement du conjoint, afin que l'harmonie entre les époux ne soit

pas troublée par l'introduction d'un étranger dans la famille (art. 344). Avec ce consentement, un époux seul peut adopter, parce que leur situation respective vis-à-vis de leurs parents peut être différente. L'un des époux peut avoir de proches parents, tandis que l'autre n'a que des parents éloignés. (Exposé de motifs, nº 9; Locré, VI, 605);

5° Il faut que l'adoptant ait fourni à l'adopté, dans sa minorité et pendant six ans au moins, des secours, et qu'il lui ait donné des soins non interrompus, afin que l'adoption repose sur des liens d'affection et de reconnaissance (art 345);

6° L'adoptant doit jouir d'une bonne réputation (art. 355, 2°).

Si ces conditions existent, toute personne, homme ou femme, peut adopter une ou plusieurs personnes (art. 348).

632. Pour pouvoir être adopté, il faut :

1° Etre majeur, à cause de l'importance de l'acte. La loi veut que cet acte soit définitif et irrévocable (art. 346);

2° Si l'adopté, ayant encore ses père et mère ou l'un des deux, n'a pas accompli sa vingt-cinquième année, il est tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant; et, s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil (art. 346). Mais à défaut de père et mère, le consentement des ascendants n'est pas requis;

3° N'être pas adopté par un autre; nul ne peut être adopté par plusieurs, si ce n'est par deux époux (art. 344). C'est une conséquence de l'idée que l'adoption imite la nature. (Discours du tribun Gary, nº 13; Locré, VI, 656.)

Si ces conditions sont réunies, toute personne peut être adoptée.

633. Mais il y a controverse sur le point de savoir si l'enfant naturel reconnu peut être adopté par son père ou par sa mère? La raison de douter est tirée des articles 908 et 911, d'après lesquels les enfants naturels ne peuvent, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des *Successions*, et que toute disposition au profit d'un incapable est nulle. Mais, de même qu'un enfant naturel reconnu peut, par le mariage subséquent de ses père et mère, recevoir la qualité et les droits d'un enfant légitime, de même il peut, par l'adoption, recevoir nne *nouvelle* qualité, en vertu de laquelle il a

des droits nouveaux, à l'acquisition desquels la qualité d'enfant naturel ne fait pas obstacle. Aucune disposition de la loi ne défend d'adopter les enfants naturels reconnus. L'intention du législateur à cet égard résulte avec évidence des discussions. (Locré, VI, 364-370; Zachariæ, § 556, note 8; Gand, 26 fév. et 23 juill. 1874, P., 1874, 274; 1875, 105; Brux., 31 août 1877, B. J., t. 36, 95; Cass. fr., 3 juin 1861, D., 1861, 1, 336.)

B. *De l'adoption privilégiée.*

634. La faculté d'adopter peut être exercée envers celui qui a sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots, sans que les trois conditions énoncées sous le n° 631, alinéas 1, 2 et 5 existent. Il suffit que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes; et, s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption (art. 345). On peut appeler cette adoption *rémunératoire.* L'énumération des services à raison desquels cette adoption peut avoir lieu est limitative. La rédaction primitive de cette disposition se bornait à dire que l'adoption privilégiée pourrait avoir lieu pour *services importants,* tels que d'avoir sauvé la vie, l'honneur ou la fortune à l'adoptant. Mais les services ont été spécifiés afin d'empêcher que les règles fixant les conditions de l'adoption ne fussent éludées. (Procès-verbaux du conseil d'État du 18 frimaire an XI, n°s 17, 18; Locré, VI, 571. En sens contraire : Zachariæ, § 561, note 2.)

635. Dans le cas d'une tutelle officieuse, l'adoption peut se faire par testament et est dispensée de plusieurs des conditions énoncées. (Voy. *infrà,* n° 646.)

III. DES EFFETS DE L'ADOPTION.

636. Dès que l'adoption a été inscrite sur le registre de l'état civil, elle est irrévocable. (Exposé de motifs, n° 10; Locré, VI, 606.) Elle produit les effets suivants :

1° L'adopté reste dans sa famille naturelle, y conserve tous ses droits et continue d'y être soumis à toutes les obligations, telles

que de fournir des aliments à ses père et mère dans les cas déterminés par la loi. La puissance paternelle, en ce qui concerne les effets qu'elle produit après la majorité, reste au père naturel. (Discours de Gary au Corps législatif, n° 16; Locré, VI, 659.) Mais l'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté, en l'ajoutant au nom propre de ce dernier (art. 347-349).

2° L'obligation de se fournir des aliments est commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre (art. 349).

3° L'adoption produit plusieurs empêchements de mariage. (Voy. n° 302.) Ces empêchements subsistent après la mort de l'une ou de l'autre des personnes entre lesquelles ils sont établis. (Discours de Gary, n° 21; Locré, VI, 661.)

637. 4° L'adoption fait naître des droits de successibilité. L'adopté a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption; mais il n'acquiert aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant (art. 350).

Si l'adopté meurt sans descendants légitimes, les choses données par l'adoptant, ou recueillies dans sa succession, et qui existent en nature lors du décès de l'adopté, retournent à l'adoptant ou à ses descendants, à la charge de contribuer aux dettes, et sans préjudice des droits des tiers. Le surplus des biens de l'adopté appartient à ses propres parents; et ceux-ci excluent toujours, même pour les objets provenant de l'adoptant, tous héritiers de ce dernier autres que ses descendants (art. 351).

Si, du vivant de l'adoptant et après le décès de l'adopté, les enfants ou descendants laissés par celui-ci mouraient eux-mêmes sans postérité, l'adoptant succéderait aux choses par lui données; mais ce droit est inhérent à la personne de l'adoptant, et non transmissible à ses héritiers, même en ligne descendante (art. 352).

SECTION II.

DES FORMES DE L'ADOPTION.

638. « D'assez nombreuses conditions forment l'essence de l'adoption, pour que leur examen forme la matière d'un jugement

préalable », dit l'auteur de l'Exposé de motifs, n° 16. (Locré, VI, 611.)

La personne qui se propose d'adopter et celle qui veut être adoptée doivent se présenter devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentements respectifs. Une expédition de cet acte sera remise, dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur du roi du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le domicile de l'adoptant, pour être soumise à l'homologation de ce tribunal. Le tribunal, réuni en la chambre du conseil, et après s'être procuré les renseignements convenables, doit vérifier : 1° si toutes les conditions de la loi sont remplies ; 2° si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation. Après avoir entendu le procureur du roi, et sans aucune autre forme de procédure, le tribunal prononcera en chambre de conseil, sans énoncer de motifs, en ces termes : *Il y a lieu,* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption.* Le jugement serait nul s'il était prononcé en audience publique. (Brux., 5 septembre 1873, P., 1874, 318.) Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal de première instance, ce jugement sera, sur les poursuites de la partie la plus diligente, soumis à la cour d'appel, qui instruira dans les mêmes formes que le tribunal de première instance, et prononcera, sans énoncer de motifs : *Le jugement est confirmé,* ou *le jugement est réformé ; en conséquence, il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption* (art. 353-357). L'instruction est secrète et le jugement ne doit pas être motivé, parce que, dans le cas où l'adoption n'est pas admise à cause de la conduite de l'adoptant, il est inutile de frapper les hommes sans mœurs par une fâcheuse publicité. (Exposé de motifs, n° 17 ; Locré, VI, 612.)

639. Tout arrêt de la cour d'appel qui admet une adoption sera prononcé à l'audience et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que le tribunal jugera convenables. L'arrêt qui déclare n'y avoir lieu à adoption est nul s'il est prononcé en audience publique. (Cass. fr., 22 mars 1848, D., 1848, 1, 66.) Dans les trois mois qui suivront ce jugement, l'adoption sera inscrite, à la réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur le registre de l'état civil du lieu où l'adoptant est domicilié. Cette inscription n'aura lieu que sur le vu d'une expédition, en forme,

de l'arrêt de la cour d'appel; et l'adoption reste sans effet, si elle n'a été inscrite dans ce délai (art. 358, 359).

Si l'adoptant vient à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux, et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu. Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur du roi tous mémoires et observations à ce sujet (art. 360).

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

I. NOTION ET CONDITIONS REQUISES.

640. La tutelle officieuse, inconnue dans l'ancien droit, est un acte juridique par lequel une personne se soumet volontairement aux obligations qu'impose la tutelle ordinaire et contracte, en outre, envers le pupille, l'obligation de le nourrir à ses frais et de le mettre gratuitement en état de gagner sa vie (art. 364, alinéa 2, 365). C'est à la fois une tutelle, un contrat de bienfaisance et un moyen de s'attacher un mineur par un titre légal et de l'adopter pendant sa minorité.

641. Les conditions requises pour se charger d'une tutelle officieuse sont :

1° D'être âgé de plus de cinquante ans;

2° De n'avoir ni enfants ni descendants légitimes ou légitimés;

3° Quand on est marié, d'obtenir le consentement de l'autre conjoint (art. 361, 362);

4° D'être apte à gérer une tutelle ordinaire (art. 365).

642. Les conditions requises, en ce qui concerne le pupille, sont :

1° Il faut être âgé de moins de quinze ans (art. 364, alinéa 1);

2° Il faut obtenir le consentement des père et mère de l'enfant ou du survivant d'entre eux; ou, à leur défaut, d'un conseil de famille; ou, si l'enfant n'a point de parents connus, le consentement des administrateurs de l'hospice où il a été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence (art. 361).

643. La tutelle officieuse s'établit par une déclaration devant le juge de paix du domicile de l'enfant, qui doit dresser procès-verbal des demandes et consentements y relatifs (art. 363).

II. EFFETS.

644. La tutelle officieuse est une convention, et fait naître les obligations résultant des *stipulations particulières* intervenues entre le tuteur et les représentants de l'enfant (art. 364, alin. 2). Dans tous les cas et indépendamment de toute stipulation, elle produit les effets légaux suivants :

Le tuteur officieux a tous les droits et toutes les obligations d'un tuteur ordinaire; il doit prendre soin de la personne du pupille. Si le pupille était antérieurement en tutelle, le tuteur officieux prend l'administration de ses biens et doit en rendre compte (art. 365, 370). Ses biens peuvent être grevés d'une hypothèque légale. Mais les père et mère de l'enfant conservent tous les droits attachés à la puissance paternelle.

645. Le tuteur officieux est tenu, à ses frais, de nourrir le pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie, et il ne peut pas imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille (art. 364, alin. 2, 365). Dans le cas où le tuteur officieux mourrait sans avoir adopté son pupille, il doit être fourni à celui-ci, durant sa minorité, des moyens de subsister, dont la quotité et l'espèce, s'il n'y a été antérieurement pourvu par une convention formelle, doivent être réglées, soit amiablement entre les représentants respectifs du tuteur et du pupille, soit judiciairement en cas de contestation (art. 367). Si, dans les trois mois qui suivent la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet, et que le pupille ne se trouve point en état de gagner sa vie, le tuteur officieux peut être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci pourrait se trouver de

pourvoir à sa subsistance. Cette indemnité se résout en secours propres à lui procurer un métier; le tout sans préjudice des stipulations qui auraient pu avoir lieu dans la prévoyance de ce cas (art. 369).

646. Si, à la majorité du pupille, son tuteur officieux veut l'adopter, cette adoption est en tous points soumise aux règles prescrites au chapitre précédent.

Après cinq ans révolus depuis la tutelle, le tuteur officieux, dans la prévoyance de son décès avant la majorité de son pupille, peut lui conférer l'adoption par acte testamentaire, pourvu qu'il ne laisse point d'enfants légitimes. Cette adoption est privilégiée : 1° en ce qu'elle peut être conférée à un mineur; 2° qu'elle peut se faire sans le consentement du conjoint de l'adoptant; 3° qu'elle n'a besoin ni d'être confirmée par les tribunaux, ni d'être inscrite sur le registre de l'état civil; 4° qu'elle ne devient irrévocable qu'autant que l'adoptant la maintient jusqu'à sa mort et que l'adopté y consent après le décès de l'adoptant. (Zachariæ, § 561.)

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE. (Art. 371-387.)

I. INTRODUCTION HISTORIQUE ET NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

647. Dans les pays de droit écrit, les principes fondamentaux de la législation romaine sur la puissance paternelle, sauf quelques exceptions de détail, étaient encore en vigueur au commencement de la révolution française. Le père seul était investi de cette puissance, la mère n'y participait pas. Le fils de famille restait sous la puissance paternelle pendant toute la vie de son père, à moins qu'il ne fût émancipé; ses enfants étaient soumis à la même puissance. A l'exception des *pécules*, tout ce que le fils de famille acquérait appartenait à son père, et celui-ci avait l'usufruit des biens adventifs de son fils. Aucune obligation civile ne pouvait être créée entre le père et son fils non émancipé; ce dernier ne pouvait tester, même avec le consentement de son

père. La règle du sénatus-consulte Macédonien, d'après lequel le fils de famille, même majeur, ne pouvait s'obliger pour cause de prêt, était encore en vigueur. (Merlin, *Répertoire*, vº *Puissance paternelle*, section I. Exposé de motifs de Réal, nº 4, Locré, VII, 54-57.)

L'exhérédation des enfants par le père était admise dans les pays coutumiers comme dans ceux du droit écrit; les causes pour lesquelles elle pouvait avoir lieu étaient nombreuses. (*Nov. Justin.* 115; Procès-verbal du conseil d'État du 26 frimaire an x, nºs 2-6, Locré, VII, 16-19.)

648. Le droit coutumier sur cette matière était très-varié et très-incohérent. Quelques-uns des principes du droit romain avaient été adoptés par quelques coutumes, surtout par celles des pays les plus voisins de ceux du droit écrit. D'autres coutumes faisaient mention de la puissance paternelle, sans en déterminer les limites. Mais les principes fondamentaux du droit coutumier différaient beaucoup de ceux du droit romain. Dans ses *Institutes coutumières*, nº 55, Loysel, en suivant l'autorité de Dumoulin sur la Coutume de Paris, met en principe que « *Droit de puissance paternelle n'a lieu* ». Le sens de cette maxime n'était pas que le père n'avait aucune autorité sur la personne et les biens de ses enfants, mais seulement de dire que cette autorité reposait sur un autre principe et qu'elle avait d'autres limites que d'après le droit romain ; qu'elle n'était pas établie au profit du père seul, mais dans l'intérêt des enfants, et que, pour ce motif, elle appartenait aussi à la mère, bien que, pendant le mariage, elle fût exercée par le père seul. Cette autorité était appelée *garde* et elle durait jusqu'à la majorité de l'enfant, laquelle était diversement fixée par les coutumes.

649. Le droit intermédiaire restreignait beaucoup la puissance paternelle. La loi des 16-24 août 1792, tit. X, art. 15-17, donne bien au père ou à la mère qui a des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant âgé de moins de vingt ans accomplis, le droit de le faire renfermer pendant une année au plus, mais seulement par la décision d'un tribunal de famille composé de huit parents les plus proches ou de six au moins, déclarée exécutoire après vérification des motifs, par le président du tribunal du district, le ministère public entendu.

D'après les décrets des 28 août 1792 et 30 mai 1793, les majeurs n'étaient plus soumis à la puissance paternelle; elle ne s'étendait que sur la personne des mineurs. Le décret des 20-25 septembre 1792, tit. IV, section I, art. 2, fixe la majorité à vingt et un ans accomplis, et l'article 3 suivant n'exige le consentement du père ou de la mère que pour le mariage des *mineurs*. Les majeurs étaient libres de se marier sans ce consentement. Les pères ou mères ne pouvaient faire opposition qu'au mariage de leurs enfants mineurs. (Même décret, tit. IV, section III, art. 1.)

Le décret du 17 nivôse an II (6 janvier 1794), art. 9 et 16, ordonne que les successions des pères, mères ou autres ascendants ouvertes depuis le 14 juillet 1789, et qui s'ouvriront à l'avenir, seront partagées également entre les enfants ou descendants, nonobstant toutes lois, coutumes, donations, testaments ou partages déjà faits, et que, si l'on a des héritiers en ligne directe, on ne peut disposer que d'un dixième de ses biens au profit d'autres que des personnes appelées par la loi au partage des successions.

Les auteurs du code civil ont suivi les principes du droit coutumier plutôt que ceux du droit romain. Ils sont partis de l'idée que la puissance paternelle est établie principalement dans l'intérêt des enfants, et qu'elle est pour les père et mère un moyen d'accomplir dans toute son étendue et sans obstacle le devoir que la nature leur impose d'élever leurs enfants. (Exposé de motifs, nos 3 et 7; discours d'Albisson au corps législatif, n° 3, Locré, VII, 54, 58, 82.)

650. Les termes *puissance paternelle* ont deux acceptions. En sens étendu, ils comprennent l'ensemble des droits qui appartiennent au père et à la mère sur la personne et les biens de leurs enfants. La puissance paternelle, en sens restreint, appelée aussi *autorité*, désigne l'obligation et le droit en vertu desquels les père et mère sont tenus et autorisés à élever leurs enfants. En ce sens, elle ne comprend que les droits qui se rattachent à l'éducation des enfants et qui s'éteignent par la majorité ou par l'émancipation.

651. La puissance paternelle appartient *au père et à la mère;* le père seul l'exerce durant le mariage (art. 372, 373). Toutefois elle n'est pas toujours, pendant le mariage, exercée exclusive-

ment par le père. Dans quelques cas, spécialement désignés par la loi, la puissance est partagée par la mère. Ainsi l'enfant a besoin du consentement de sa mère pour se marier (art. 148 et suiv.). La mère peut demander la nullité du mariage (art. 184, 191). Son enfant ne peut être adopté sans son consentement (art. 346). Dans quelques cas les droits résultant de la puissance paternelle sont exercés par la mère seule ; c'est ce qui a lieu si le père est absent (art. 141), ou si, à cause d'une infirmité intellectuelle, il se trouve dans l'impossibilité de les exercer (art. 149), ou, s'il a été privé de la puissance paternelle par suite d'une condamnation judiciaire pour attentat aux mœurs (code pénal, art. 334, 335; code pénal belge, art. 372-382). (Voy., sur l'exercice de la puissance paternelle, *B. J.*, t. 18, 1009 et suiv.)

II. EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN SENS RESTREINT.

A. *En ce qui concerne la personne de l'enfant.*

652. La puissance paternelle donne au père ou à la mère :

1° Le droit d'élever les enfants et de diriger leur éducation. C'est la conséquence d'un devoir (art. 203).

2° Le droit de forcer l'enfant à rester dans la maison paternelle (art. 374), ou dans tout autre lieu où l'enfant aurait été placé. Le père ou la mère a le droit de recourir à la force publique pour ramener l'enfant au domicile. La force publique pourrait être requise en vertu d'un ordre du président du tribunal rendu sur référé (arg., art. 376; code de proc., art. 806). Les parents ont, contre les tiers qui voudraient retenir l'enfant, une action analogue à la revendication, pour réclamer la remise de l'enfant. (Brux., 9 août 1877, P. 1878, 22.)

L'enfant peut quitter la maison paternelle sans la permission du père :

a. Pour enrôlement volontaire, après dix-huit ans révolus (art. 374). Cette exception existait déjà dans l'ancien droit. L'enrôlement d'un mineur au-dessous de dix-huit ans, sans le consentement de son père, est nul. Les chefs de corps ou le juge doivent ordonner la restitution de l'enfant à son père. S'il déserte, il ne peut pas être puni. (Arrêts de la haute cour militaire de

Belgique des 27 juillet et 21 décembre 1832; Bosch, *Droit pénal*, p. 114-116).

En **Belgique**, l'article 100 de la loi du 3 juin 1870 sur la milice a rendu à la puissance paternelle les droits que lui avait enlevés l'article 374 du code civil. D'après cet article, « le *mineur*, pour se faire enrôler, doit justifier préalablement du consentement de son père, ou de sa mère veuve, ou, s'il est orphelin, de son tuteur. Ce dernier devra être autorisé par délibération du conseil de famille ». Tout engagement sans cette autorisation est nul. La mère de l'enfant naturel peut donner ce consentement. (Cass. B., 19 nov. 1877 ; 14 janv. 1878, P. 1878, 13 et 77.)

En **France** aussi, l'article 374 du code a été modifié par l'article 32 de la loi du 21 mars 1832, reproduit par l'article 46 de la loi du 27 juillet 1872 *sur le recrutement de l'armée*. D'après ces dispositions, l'engagé, s'il a *moins de vingt ans*, doit justifier du consentement de ses père, mère ou tuteur, et ce dernier doit être autorisé par une délibération du conseil de famille.

Dans les deux pays, tout engagement contracté en dehors de ces conditions est nul comme l'était autrefois celui contracté par le mineur âgé de moins de dix-huit ans.

b. Si la justice l'y autorise à cause des mauvais traitements que ses parents lui ont fait subir. (Caen, 31 décembre 1811.)

3° Le droit du dernier mourant, de choisir un tuteur aux enfants (art. 397).

4° Le droit d'émanciper les enfants mineurs (art. 477).

653. 5° Le droit de correction et même de détention de l'enfant (art. 375-382). Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, donc quinze ans accomplis, le père peut le faire détenir pendant un temps qui ne peut excéder un mois. Dans ce cas, la détention a lieu par *voie d'autorité*, c'est-à-dire en vertu de l'autorité paternelle seule; le président du tribunal d'arrondissement doit, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation et ne peut le refuser. Le lieu de détention doit être indiqué par le président. D'après l'arrêté belge du 25 février 1852, le ministre de la justice désigne l'établissement dans lequel les enfants seront détenus.

Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père peut seulement *requérir* ou réclamer *par voie de réquisition* la détention de son enfant pendant six mois au

plus; il doit s'adresser au président du tribunal d'arrondissement, qui, après en avoir conféré avec le procureur du roi, peut *délivrer ou refuser* l'ordre d'arrestation, et peut, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père. Il ne doit y avoir, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en doivent pas être énoncés, afin de ne pas laisser des traces de la faute de l'enfant. Le père est seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais et de fournir les aliments convenables. D'après la loi belge du 1er juin 1849, article 8, en cas d'indigence de celui qui a requis la détention de l'enfant, les frais de détention et les aliments de l'enfant sont à charge de l'État.

Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention peut de nouveau être ordonnée de la manière qui vient d'être exposée.

Si le père est remarié, il ne peut faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de quinze ans accomplis, que par *voie de réquisition*, parce que souvent l'époux remarié devient injuste envers les enfants du premier lit, par suite de l'influence du nouveau conjoint. Si le second mariage est dissous, le père recouvre le droit de faire détenir par voie d'autorité l'enfant âgé de moins de seize ans.

La mère survivante et non remariée ne peut faire détenir un enfant, même âgé de moins de quinze ans, qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et seulement par *voie de réquisition*. La mère remariée ne peut faire détenir les enfants du premier lit dans aucun cas.

Lorsque l'enfant a des biens personnels, ou lorsqu'il exerce un état, sa détention ne peut, même au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réquisition, afin que le père n'abuse pas de la faculté de faire détenir l'enfant, et qu'il n'exige pas un sacrifice pécuniaire pour lui rendre ou laisser la liberté. De plus si l'enfant a un état, la détention pourrait lui causer un grand préjudice. L'enfant détenu peut alors adresser un mémoire au procureur général en la cour d'appel. Celui-ci se fait rendre compte par le procureur du roi au tribunal de première instance, et fait son

rapport au président de la cour d'appel, qui, après en avoir donné avis au père et après avoir recueilli tous les renseignements, peut révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance.

Les règles qui précèdent sont communes aux pères et mères des enfants naturels légalement reconnus (art. 383).

B. *En ce qui concerne les biens des enfants. Spécialement de l'usufruit légal.*

654. En vertu de la puissance paternelle, le père ou la mère ont le droit d'administrer les biens de leurs enfants. De plus, le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère ont la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation qui peut avoir lieu avant cet âge (art. 384). C'est un droit nouveau tant pour les pays du droit écrit que pour les pays coutumiers, qui forme en quelque sorte une transaction entre ces deux législations. La première donnait au père tout ce qui était acquis par le fils (nº 647); la plupart des coutumes ne reconnaissaient point de droit utile attaché à l'exercice de la *puissance paternelle*. L'usufruit légal ne dure que jusqu'à l'âge de dix-huit ans des enfants, et non jusqu'à leur majorité, afin que les père et mère n'aient pas d'intérêt de se refuser à consentir à l'émancipation ou au mariage des enfants après l'âge de dix-huit ans, pour conserver l'usufruit. (Exposé de motifs, nº 15; Rapport de Vesin au Tribunat, nº 9; Locré, VII, 63, 75.)

Nous exposerons : 1º à qui appartient cet usufruit; 2º sur quels biens il est établi; 3º quelles en sont les charges; 4º quand il finit.

655. I. L'usufruit légal appartient *au père durant le mariage*. Il ne cesse pas lorsque le père se trouve, par suite d'une infirmité intellectuelle, dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, ni en cas d'absence présumée (nº 263), ni après la séparation de corps.

Si le père est privé de l'usufruit légal, soit par suite du divorce (art. 386), soit par suite de la déchéance de la puissance paternelle, après une condamnation criminelle en vertu des articles 334 et 335 du code pénal ou des articles 372-382, et spécialement

des articles 378-382 du code pénal belge, l'usufruit légal ne passe pas à la mère, mais il se consolide avec la propriété au profit des enfants. Car l'article 384 n'attribue la jouissance légale qu'à la *mère survivante*. Mais, après la mort du père, la mère survivante aurait l'usufruit.

Après la *dissolution* du mariage, la jouissance légale appartient au survivant des père et mère.

656. II. Sur quels biens des enfants l'usufruit est-il établi? En règle, l'usufruit est établi sur *tous* les biens des enfants. Sont exceptés :

a. Les biens que les enfants peuvent acquérir par un travail et une industrie séparés, afin de ne pas affaiblir l'amour du travail dans la personne de l'enfant (art. 387).

b. Les biens provenant d'une succession dont le père a été exclu pour cause d'indignité et à laquelle les enfants ont été appelés de leur chef (art. 730; *infrà*, n°1292). Si la mère a été déclarée indigne de succéder, le père a l'usufruit des biens échus aux enfants. Mais si le père est indigne, l'usufruit n'échoit pas à la mère.

c. Les biens qui sont donnés ou légués aux enfants sous la condition *expresse* et non équivoque que les père et mère n'en jouiront pas (art. 387).

657. La prohibition de l'usufruit légal peut-elle s'étendre à la réserve due à l'enfant dans la succession du disposant? Pour l'affirmative on dit : que les libéralités dépassant la quotité disponible ne sont pas nulles de droit, mais réductibles; que la réduction ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi établit la réserve, ou par leurs héritiers ou ayants cause (art. 921); que l'héritier réservataire est l'enfant lui-même et qu'il n'est pas lésé par la disposition qui lui donne, outre la nue propriété, encore l'usufruit de la réserve; qu'on ne peut pas rétorquer contre lui, et dans l'intérêt exclusif d'un tiers, la loi qui établit une réserve dans l'intérêt de l'enfant.

On ne peut pas admettre cette opinion. Car le droit d'usufruit du père est établi sur *tous* les biens de l'enfant, donc aussi sur la réserve, parce que nul ne peut la lui enlever. Les termes de l'article 387 *donnés* ou *légués* indiquent que le législateur n'a entendu que les biens qui pourraient être donnés ou ne pas être donnés à l'enfant.

658. III. Des charges de l'usufruit légal (art. 385). La source de cet article est l'article 267 de la Coutume de Paris. Les charges de cette jouissance sont :

1° Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers. Mais les père et mère ne sont pas obligés de donner caution (art. 601).

2° La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon *leur* fortune. Aux termes des articles 203 et 208, les père et mère sont obligés de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants déjà en vertu du mariage, ou plutôt de la génération (n° 371). Néanmoins, la disposition de l'article 385, n° 2, n'est pas superflue. Elle produit les conséquences suivantes : *a.* le père doit aux enfants des aliments et une éducation proportionnés à *sa* fortune; si les enfants ont des biens, la base de cette obligation change; les aliments et l'éducation doivent être en proportion de *leur* fortune, c'est-à-dire de la fortune des *enfants; b.* si l'enfant a des biens suffisants, le père seul, en sa qualité d'usufruitier, est tenu de faire face aux frais de son entretien et de son éducation, et la mère n'est pas obligée d'y contribuer par ses revenus personnels (art. 1537, 1575, 1448); *c.* la charge de l'entretien et de l'éducation grève l'usufruit légal, alors même que l'enfant aurait d'autres biens personnels non soumis à cet usufruit; quand même ces derniers biens seraient suffisants pour payer les frais de l'entretien et de l'éducation, le père ne pourrait pas les imputer sur les revenus des biens libres de l'enfant, et ce ne serait qu'en cas d'insuffisance, que l'enfant devrait y contribuer avec ses propres revenus; *d.* les créanciers du père ne peuvent saisir et faire vendre l'usufruit des biens de ses enfants que déduction faite de la charge d'entretien. En conséquence, le père ne peut plus céder l'usufruit lorsque la totalité des revenus est nécessaire à l'entretien et à l'éducation des enfants. (Brux., trib. civ., 29 févr. 1868, B. J., t. 26, 630.)

659. 3° Le payement des arrérages ou intérêts des capitaux. Il ne s'agit pas ici des arrérages ou intérêts échus depuis l'ouverture de l'usufruit et dus par la succession donnée à l'enfant et sur laquelle l'usufruit est établi; car le père en est tenu en vertu de la disposition de l'article 385, n° 1 (art. 612), bien que quelques jurisconsultes l'entendent ainsi. Il s'agit ici des intérêts et arrérages dus par la succession dévolue à l'enfant et *déjà échus*

au moment de l'ouverture de l'usufruit. Car, si la première opinion était juste, la loi aurait fait une répétition inutile, cette disposition étant déjà exprimée dans le n° 1 de l'article 385. De plus, la seconde explication est conforme à l'ancien droit coutumier dans lequel l'article 385 a été puisé. (Pothier, *Tr. de la Garde noble et bourgeoise*, sect. III, art. 2, § 5.) Enfin le législateur a voulu éviter des comptes ultérieurs pour des dettes de peu d'importance en les mettant à la charge du père. Si, sous ce rapport, le père est traité moins favorablement que l'usufruitier ordinaire, c'est afin d'empêcher que le capital de l'enfant mineur ne soit entamé. La jouissance du père en sera un peu retardée, mais le capital sera conservé intact au mineur. Au surplus, les père et mère peuvent renoncer à l'usufruit, si cet usufruit leur paraît trop onéreux.

660. 4° Les frais funéraires et ceux de dernière maladie; c'est-à-dire non pas *de l'enfant*, mais de ceux auxquels l'enfant a succédé. La question était controversée sous l'ancien droit. Elle a presque toujours été décidée en ce sens. Le motif est le même que celui indiqué sous le n° 659. De plus, on ne peut pas supposer que le législateur ait voulu faire supporter à l'usufruitier la dette des frais funéraires de *l'enfant*, laquelle ne prend naissance qu'au moment où l'usufruit cesse. Cette disposition aurait pour effet de laisser aux héritiers de l'enfant une succession plus opulente au préjudice du père ou de la mère. Quant aux frais de dernière maladie, il était inutile d'en faire l'objet d'une disposition spéciale, si le législateur eût parlé de la dernière maladie de l'*enfant*; car ces frais font partie des frais d'entretien, auxquels l'usufruitier est tenu en vertu de l'article 385, n° 2.

661. IV. Quand l'usufruit légal s'éteint ou n'a pas lieu. Cet usufruit n'a pas ou n'a plus lieu :

1° Lorsque l'enfant a atteint l'âge de dix-huit ans accomplis (n° 654); 2° par l'émancipation, qui peut avoir lieu avant cet âge (art. 384, 477). Lorsque l'émancipation est révoquée, l'usufruit ne renaît pas; car la révocation de l'émancipation est admise en faveur de l'enfant, elle ne peut pas être tournée contre lui; 3° par la privation de la puissance paternelle en vertu des articles 334 et 335 du code pénal, articles 372-382 du code pénal belge (n° 655); 4° cet usufruit n'a pas lieu au profit des père et

mère *contre* lesquels le divorce a été prononcé (art. 386); 5° ni au profit de l'époux survivant qui n'a pas fait inventaire des biens de la communauté qui a existé entre lui et son conjoint prédécédé (art. 1442, alin. 2); 6° il cesse à l'égard de la mère par son convol en secondes noces (art. 386). L'usufruit ne renaît pas après la dissolution du second mariage. Il ne faut pas étendre cette privation au cas où la mère se rendrait coupable d'une inconduite notoire, quand même elle serait exclue de la tutelle pour ce motif (art. 444). La perte de la tutelle ne fait pas perdre la puissance paternelle ni les droits qui y sont attachés. Les dispositions pénales ne doivent pas être étendues; 7° en cas de renonciation de la part du père ou de la mère; 8° par les différents modes d'extinction mentionnés dans les articles 617 et 618, donc aussi par abus de jouissance; 9° par la mort de l'enfant avant l'âge de dix-huit ans accomplis. L'article 620, d'après lequel l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé, n'est pas applicable à ce cas. Car l'usufruit légal étant un attribut de la puissance paternelle, ne dure pas plus longtemps que la puissance paternelle. D'après l'ancien droit coutumier, le droit de garde finissait aussi par la mort du mineur, à la différence de l'usufruit du père sur le pécule adventice.

III. COMMENT LA PUISSANCE PATERNELLE FINIT.

662. 1° Par la mort des parents ou de l'enfant; 2° par la majorité de l'enfant; 3° par son émancipation; 4° par la condamnation encourue par le père ou la mère à raison des délits prévus par les articles 334 et 335 du code pénal, articles 372-382 du code pénal belge. La déchéance de la puissance paternelle a alors lieu de plein droit, quand même elle n'aurait pas été prononcée par le jugement. La loi ne prive de la puissance paternelle ni les parents qui en ont abusé, ni ceux qui ont été exclus ou destitués de la tutelle; 5° l'exercice de la puissance paternelle est suspendu pendant la durée de l'interdiction légale ou judiciaire.

IV. DES EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN SENS ÉTENDU.

663. 1° L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère (art. 371). Ce n'est pas seulement un précepte mo-

ral, mais une règle de droit. Ainsi, l'enfant ne pourrait pas intenter contre ses père ou mère une action qui entraînerait la violation de cette règle; par exemple il ne pourrait pas demander la contrainte par corps, ni intenter contre eux une action qui porterait atteinte à leur honneur;

2° A tout âge l'enfant doit demander le consentement ou le conseil de ses père et mère pour se marier, ou pour se faire adopter, ou pour se soumettre à la tutelle officieuse (art. 148-154; 346, 361), et les père et mère peuvent former opposition au mariage, et, en certains cas, en demander la nullité (art. 173, 182, 191);

3° Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère (article 205);

4° Les père et mère ont un droit de réserve sur les biens de leurs enfants (art. 746, 749, 915);

5° Les père et mère sont autorisés à accepter les donations entre-vifs faites à leur enfant mineur, émancipé ou non (art. 935).

Plusieurs de ces droits appartiennent aussi à d'autres ascendants qu'aux père et mère.

V. DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS LÉGALEMENT RECONNUS.

664. La loi ne détermine pas d'une manière générale quels sont les droits des père et mère sur leurs enfants naturels reconnus; mais les dispositions isolées qu'elle renferme, la nécessité de les compléter par interprétation, et l'identité des raisons démontrent qu'en général il faut appliquer aux enfants naturels, en ce qui concerne leur personne, les mêmes règles que celles appliquées à la puissance paternelle sur les enfants légitimes. La puissance paternelle doit être entendue ici dans le double sens défini au n° 650. Les père et mère ont, sur l'enfant naturel reconnu, tous les droits énumérés aux n°s 652 et 653, excepté le droit de nommer un tuteur testamentaire (voy. *infrà*, n° 697, arg., art. 158, 383). De même les règles exposées aux n° 663, 1°, 2°, 3° et 5°, sont applicables aux enfants naturels reconnus. (Brux., 8 août 1864, B. J., t. 23, 333.) Toutefois, la jurisprudence a admis que l'exercice de cette puissance peut être modifié

dans l'intérêt des enfants, et que l'éducation peut être confiée à la mère. (Brux., 3 avril 1867, B. J., t. 26, 460.)

665. Mais les père et mère n'ont pas l'usufruit légal sur les biens de leurs enfants naturels reconnus. Car aucune disposition de la loi ne le dit. La raison de compléter la loi par les autres dispositions sur la puissance paternelle n'existe pas ici ; il n'y a pas la même nécessité qu'il y a pour l'éducation de l'enfant. Sans la puissance paternelle, l'enfant pourrait rester sans direction pendant sa jeunesse ; sans l'usufruit légal, les fruits continuent d'appartenir à l'enfant lui-même. Le texte de l'article 384 exclut implicitement cet usufruit. Il suppose *le mariage* entre le père et la mère. Enfin l'usufruit sur les biens des enfants légitimes est compensé par l'avantage de la succession qu'ont les enfants dans les biens de leurs père et mère, tandis que les enfants naturels n'ont qu'un droit de succession très-réduit. Les revenus des biens de ces derniers profiteraient donc souvent à d'autres enfants. Cette opinion est presque généralement admise par les auteurs et la jurisprudence, sauf quelques différences de détail. (Toullier, II, 1073-1076; Demolombe, VI, nos 605-647.)

666. La reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux n'ayant aucun effet légal, il s'ensuit qu'il ne peut pas y avoir de puissance paternelle sur ces enfants. (Demolombe, V, 597.)

TITRE X.

DE LA MINORITÉ, DE LA TUTELLE ET DE L'ÉMANCIPATION.

CHAPITRE I.

DE LA MINORITE. (Art. 388.)

667. Anciennement l'âge de la majorité était très-diversement fixé. « La majorité », dit Loysel, *Instit. coutum.*, n° 198, est « aux mâles à quatorze, quinze, dit-huit et vingt ans, selon la diversité des coutumes ; mais, en ce qui concerne l'aliénation de l'immeu-

ble, elle se doit prendre à vingt-cinq ans. » Par suite de l'influence du droit écrit, la minorité durait, à l'époque de la révolution, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans dans presque toutes les parties de la France, sauf dans quelques pays, par exemple dans l'Anjou et le Maine, où elle cessait à vingt ans, et dans la Normandie et la Bretagne, où elle durait jusqu'à vingt et un ans. (Exposé de motifs, n° 2, Locré, VII, 233.)

La loi du 20 septembre 1792 avait fixé la majorité à vingt et un ans pour toute la France. La constitution de l'an VIII exigeait le même âge pour la majorité politique. Les auteurs du code, reconnaissant que la capacité naturelle existe chez le plus grand nombre à vingt et un ans, ont conservé la disposition de la loi du 20 septembre 1792, et ont fixé la majorité pour l'un et l'autre sexe à vingt et un ans (art. 388, 488).

Les vingt et un ans se comptent par *heures, a momento ad momentum ;* si l'heure de la naissance n'est pas indiquée dans l'acte de naissance (art. 57), la minorité dure jusqu'à la fin du jour qui est le vingt et unième anniversaire de la naissance. (Valette, *Explic. somm.*, p. 343.)

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE. (ART. 389-475.)

NOTIONS PRÉLIMINAIRES ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

668. L'enfant mineur trouve dans ses père et mère ses protecteurs naturels ; s'il a des biens, l'administration en appartient à son père, en vertu des devoirs qu'impose la puissance paternelle. La *tutelle* ne commence qu'au décès du père ou de la mère (art. 389 et 390). Il en était de même sous l'ancien droit. Dans ce chapitre, le code s'occupe donc d'abord de l'administration des biens de l'enfant mineur durant le mariage.

669. Après la dissolution du mariage, la tutelle s'ouvre, parce que l'enfant a perdu un de ses protecteurs. La loi a constitué en

obligation *civile* le devoir moral de défendre les personnes et de prendre soin des intérêts de ceux à qui la faiblesse de l'âge ne permet pas de se défendre eux-mêmes. Elle a suivi l'exemple du droit romain et du droit coutumier. Dans cette matière, le législateur a fait peu de dispositions nouvelles; il a choisi entre les diverses lois qui, jusqu'alors, avaient régi les diverses parties de la France. D'après le droit écrit, le père, la mère ou les ascendants étaient tuteurs légitimes de leurs enfants ou petits-enfants. Il autorisait aussi la tutelle testamentaire. Le droit coutumier n'admettait pas en général la tutelle légitime ni la tutelle testamentaire. « Les tutelles sont datives », dit Loysel, n° 181 ; c'est-à-dire, elles étaient données d'après l'avis d'une assemblée de parents ou amis du mineur, par le juge du territoire où le père du mineur avait son domicile au moment de son décès. La tutelle, dans beaucoup de coutumes, était appelée *garde*, et on distinguait la *garde noble* et la *garde bourgeoise* ou *roturière;* la seconde était formée à l'exemple de la première, laquelle tirait son origine du droit féodal. Suivant un grand nombre de coutumes, le gardien noble et le gardien bourgeois avaient l'usufruit des biens, ou au moins des immeubles du pupille jusqu'à sa majorité.

L'intervention des parents dans la nomination et, en partie, dans la gestion de la tutelle est déjà ancienne et d'origine coutumière. Elle a reçu son développement par le code civil dans l'institution du conseil de famille. Les auteurs du code, partant de l'idée que les parents sont les meilleurs protecteurs des intérêts des mineurs, et voulant fortifier l'esprit de famille, ont donné à cette institution d'importantes attributions.

Avant d'entrer dans les détails de la tutelle, nous traiterons d'abord de l'administration du père, ensuite du conseil de famille en général, parce qu'il intervient dans toutes les tutelles.

I. DE L'ADMINISTRATION DU PÈRE PENDANT LE MARIAGE.

670. Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit (art. 389). Cet article, qui manquait dans le

projet du code, fut proposé par le Tribunat afin d'énoncer en termes précis quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens de ses enfants mineurs, et d'établir explicitement une différence entre lui et le tuteur proprement dit, en ce qui concerne le contrôle et les obligations auxquels ce dernier est soumis. Jamais le père n'avait été qualifié de tuteur avant la dissolution du mariage. (Observ. du Tribunat, n° 2, Locré, VII, 215.) Il n'y a donc pas à côté de lui un subrogé tuteur, ni un conseil de famille ; il n'est pas soumis à l'hypothèque légale, ni aux restrictions des articles 454 à 456 du code et des articles 55 à 61 de la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851. L'enfant trouve dans la mère une garantie morale de ses intérêts.

671. Sauf ces différences, les règles sur l'administration du tuteur doivent en général être appliquées à celle du père. Ainsi, le père représente son enfant dans tous les actes civils et il peut faire tous les actes de pure administration que le tuteur seul peut faire (art. 450). Il est tenu de faire inventaire (art. 451), mais sans intervention d'un subrogé tuteur, et sans être soumis à la déchéance s'il ne déclare pas dans l'inventaire ce qui lui est dû par le mineur. Il doit rendre compte, et cette obligation ne se prescrit que par trente ans (art. 2262). La prescription décennale de l'article 475 ne lui est pas applicable.

672. Le père peut sans doute faire tous les actes d'administration que le tuteur peut faire. Mais quels sont les droits du père à l'égard des actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille, suivie ou non de l'homologation du tribunal? Les travaux préparatoires fournissent peu d'éléments pour résoudre la question. Les auteurs sont divisés. Suivant quelques-uns, le père a besoin, pour ces actes, des mêmes autorisations du conseil de famille et des mêmes homologations du tribunal que le tuteur. (Valette sur Proudhon, II, p. 283; Demolombe, VI, 443-446.) Selon d'autres, le père peut faire *seul* tous les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et il peut faire directement, avec l'autorisation du tribunal et sans délibération du conseil de famille, les autres actes pour lesquels le tuteur a besoin d'une délibération homologuée par le tribunal. (Marcadé, appendice aux art. 371-383, n° IV, t. II, p. 155; Brux., 16 juin 1874, P., 1874, 307). La

deuxième opinion paraît préférable. Car le tribunat a proposé de distinguer la qualité du père administrateur de celle du tuteur, précisément pour ne pas le placer sous la dépendance d'un conseil de famille. (Locré, VII, 215.) Cette proposition a été adoptée. Or, les articles 454-456 et 470 exemptent même le *père tuteur* de la nécessité de faire régler par le conseil de famille la dépense annuelle du mineur et celle d'administration de ses biens, de faire déterminer la somme à laquelle commencera l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense et de remettre périodiquement au subrogé tuteur des états de situation de la gestion. Sous quels autres rapports le père serait-il soustrait à la dépendance d'un conseil de famille, si ce n'est pour pouvoir faire *seul* les actes indiqués aux articles 461-465, et pour faire, avec la seule autorisation du tribunal, les actes d'aliénation et de transaction, mentionnés aux articles 457 et 467 ? Il a été décidé que le père peut intenter une action immobilière pour le mineur sans l'autorisation du conseil de famille. (Brux., 9 mars 1868, B. J., t. 26, 532.)

Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur cette question, il est toujours prudent, lorsqu'il s'agit d'une opération à faire, de provoquer une délibération du conseil de famille, afin de couvrir la responsabilité du père dans tous les cas. *Quod abundat non vitiat.*

673. L'administration du père ne cesse pas avec l'usufruit légal. Elle dure jusqu'à la majorité ou jusqu'à l'émancipation de l'enfant.

L'administration peut être retirée au père pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité, non par le conseil de famille, mais par le tribunal, lequel ne peut être saisi que par le ministère public sur la dénonciation d'un parent ou d'un ami. (Demolombe, VI, n° 399. *Contrà,* Laurent, t. IV, n° 321.)

674. Des biens peuvent-ils être donnés ou légués à l'enfant sous la condition que le père n'en aura pas l'administration? Quelques jurisconsultes, considérant cette condition comme blessant la puissance paternelle, et comme contraire à l'ordre public, disent qu'elle est réputée non écrite (art. 900). (Marcadé, *l. c.*, n° VI, t. II, p. 156; Laurent, t. IV, nos 294-300.) D'autres en font une question de fait, et la croient valable si elle est fondée sur de

bons motifs et si elle n'a pas été ajoutée dans une intention injurieuse au père. (Demolombe, VI, 458, Bruxelles, 6 juillet 1853, J. B., t. 12, 33; P. 1854, 77; J. P. B., 1853, 304.) D'autres soutiennent, et avec raison, que l'administration des biens n'est pas un attribut essentiel de la paternité, et que des biens peuvent être donnés ou légués à l'enfant, à condition que le père n'en aura pas l'administration. Car, dire que cette administration est d'ordre public, c'est une simple affirmation dénuée de toute preuve. (Cass. fr., 26 mai 1856; D. 1856, 1, 320; Besançon, 4 juillet 1864, D. 1864, 2, 165; Liége, 29 décembre 1858; P. 1861, 32.)

675. S'il y a une contestation ou des intérêts opposés entre le père et l'enfant, il doit être nommé un administrateur *ad hoc* pour ce dernier. Cette nomination doit se faire par le tribunal. (Laurent, t. IV, n° 310; Cologne, 17 juin 1856, B. J., 15, 401; Paris, 5 avril 1876, D. 1877, 2, 34.) La question est très-controversée; selon d'autres, il faut nommer un tuteur *ad hoc*, et même un subrogé tuteur *ad hoc*, lorsque son concours à un acte est exigé par la loi. (Bordeaux, 19 mars 1875, D. 1877, 2, 25 et la note.) Un arrêt de Liége a décidé que la nomination du tuteur spécial peut être valablement faite par le conseil de famille avec l'homologation du tribunal. (Liége, 27 mai 1868, P. 1868, 377; voy. aussi Brux., trib. civ., 22 nov. 1875; P. 1876, 3, 53.)

II. DU CONSEIL DE FAMILLE.

A. *Notion génerale.*

676. Le conseil de famille est une assemblée de parents, alliés ou amis d'une personne, présidée par le juge de paix, et ayant principalement pour mission de contrôler la tutelle, de nommer et de destituer le tuteur, de surveiller et de vérifier sa gestion, de l'autoriser à faire certains actes juridiques, et de donner son avis sur diverses affaires de la tutelle. Le conseil de famille n'est pas une autorité judiciaire ni administrative, mais simplement une assemblée délibérante. Ses décisions peuvent être attaquées par la voie judiciaire, mais elles ne forment pas une première instance. Le conseil de famille n'est pas un corps permanent; il

doit être recomposé chaque fois qu'il est nécessaire de le convoquer. Il n'est pas nécessaire de le composer des mêmes membres.

B. *De la composition du conseil de famille.*

677. Il y a des personnes qui ne peuvent pas être membres du conseil de famille. Ce sont : 1° les mineurs, excepté le père ou la mère ; 2° les interdits ; 3° les femmes autres que la mère et les ascendantes ; 4° tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis (article 442); 5° les individus condamnés à une peine criminelle (art. 443, 445; code pén., art. 28, 34; code pén. b., art. 19; 31-34); 6° ceux qui ont été privés du droit de vote et de suffrage dans les délibérations de la famille par un jugement correctionnel (code pén., art. 42, 5°; code pén. b., art. 33); 7° les individus qui ont été *exclus* ou *destitués* d'une tutelle (article 445). La mère qui se remarie, sans se conformer au prescrit de l'article 395, ou à laquelle la tutelle n'est pas conservée, ne perd pas le droit d'être membre du conseil de famille, car elle n'est pas destituée ni exclue dans le sens de l'article 445; 8° ceux qui sont personnellement intéressés à la décision de la question soumise à la délibération du conseil ne peuvent pas voter dans l'affaire qui les concerne (arg., art. 426, 495).

L'*inconduite notoire* et l'*incapacité* ne sont pas des causes suffisantes pour exclure du conseil de famille, bien que ce soient des causes d'exclusion de la tutelle. Les deux positions n'ont pas la même importance. De plus, ce serait rendre nécessaire un examen de la vie privée, que d'admettre que l'inconduite notoire ou l'incapacité sont une cause d'exclusion du conseil de famille. Le législateur ne recule pas devant cet inconvénient lorsqu'il s'agit d'ôter l'administration de la tutelle à une personne qui pourrait en abuser; et une fois que la preuve de l'incapacité ou de l'inconduite est *acquise*, elle peut suffisamment motiver l'exclusion du conseil de famille.

678. On doit distinguer les règles ordinaires sur la composition du conseil de famille et les règles spéciales pour certains cas.

I. Le conseil de famille se compose ordinairement : 1° du juge de paix (art. 407, 416) et en outre : 2° de six parents ou alliés du mineur ou de l'interdit. Ces parents ou alliés seront pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte, quand même ils n'y résideraient que passagèrement, que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côté paternel, moitié du côté maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne. Le parent sera préféré à l'allié du même degré ; et parmi les parents du même degré, le plus âgé à celui qui le sera le moins (art. 407). L'allié peut faire partie du conseil de famille alors même que l'époux qui produisait l'alliance est mort sans laisser de descendants issus du mariage (n° 294). La question est controversée. Le juge de paix peut ranger, à son choix, dans l'une ou l'autre ligne les parents qui appartiennent à toutes les deux, par exemple les frères germains. Mais il ne peut pas compléter le nombre de parents que l'une des lignes doit fournir, au moyen des parents pris dans l'autre ligne (arg., art. 409).

679. II. Dans les cas suivants, il y a des règles spéciales : 1° Le nombre des membres du conseil de famille peut *excéder* celui de six. Les frères germains du mineur et les maris des sœurs germaines sont seuls exceptés de la limitation du nombre à six. S'ils sont six, ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront *seuls* avec les *veuves ascendantes* (c'est ainsi qu'il faut entendre les mots *veuves* d'*ascendants*, qui sont une faute de rédaction dans l'article 408), et les ascendants valablement excusés, s'il y en a. S'ils sont en nombre inférieur, les autres parents ne seront appelés que pour compléter le conseil.

Les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés ne comptent pas dans la formation du nombre légal de six. Les mots *s'ils sont en nombre inférieur* ne peuvent s'entendre que comme se rapportant aux frères germains et aux maris des sœurs germaines. Les ascendantes veuves et les ascendants valablement excusés ne sont appelés au conseil que par déférence et par respect pour leur titre. Ils ne sont pas membres nécessaires ; ils sont libres d'y assister ou non. Les ascendants non excusés peuvent devenir membres du conseil, s'ils font partie des six parents ou alliés les plus proches.

680. 2° Le conseil de famille peut être composé de *personnes*

autres que de parents ou alliés, lorsque les parents ou alliés de l'une ou de l'autre ligne se trouvent en nombre insuffisant sur les lieux, ou dans la distance de deux myriamètres. Alors le juge de paix doit appeler, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409). Pour l'enfant naturel, ce dernier est le seul mode de composition du conseil de famille.

681. 3° Si le juge de paix le croit utile, lors même qu'il y aurait sur les lieux un nombre suffisant de parents ou alliés, il pourra permettre de citer, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degré ou de mêmes degrés que les parents ou alliés présents ; de manière toutefois que cela s'opère en retranchant quelques-uns de ces derniers, et sans excéder le nombre légal des membres (art. 410). (Voy., sur la composition du conseil de famille, Gand, 3 décembre 1874, P. 1875, 64.)

C. *De la convocation du conseil de famille et du lieu de l'assemblée.*

682. Toute personne peut dénoncer au juge de paix le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur ou à une délibération du conseil de famille; mais le conseil doit toujours être convoqué par le juge de paix (art. 406). La convocation se fait régulièrement par citation notifiée par un huissier. Le juge de paix règle à jour fixe le délai pour comparaître, mais de manière qu'il y ait toujours, entre la citation notifiée et le jour indiqué pour la réunion du conseil, un intervalle de trois jours au moins, quand toutes les parties citées résident dans la commune, ou dans la distance de deux myriamètres. Pour les parties citées qui demeurent au delà de cette distance, le délai doit être augmenté d'un jour par trois myriamètres (art. 411); en **France** par cinq myriamètres (loi du 3 mai 1862). La convocation peut aussi se faire à l'amiable, sans citation, mais dans ce cas le non-comparant n'encourt pas l'amende (art. 413). L'assemblée du conseil de famille se tient de plein droit chez le juge de paix, à moins qu'il ne désigne lui-même un autre local (art. 415, alin. 1).

683. Mais *quel juge* de paix, ou, en d'autres termes, le juge

de paix *de quel canton est compétent* pour convoquer le conseil de famille? La question est importante, parce que sa solution influe sur la composition du conseil de famille (n° 678). On peut diviser cette question en deux autres : 1° Dans quel lieu le conseil de famille doit-il se réunir pour nommer un tuteur? 2° Ce lieu peut-il être changé pendant la durée de la tutelle, s'il y a nécessité de convoquer un conseil de famille?

Il y a plusieurs opinions sur la solution de ces questions.

1° Le domicile du mineur est chez ses père et mère, c'est dans ce domicile que *s'ouvre la tutelle,* et que doit se faire la première nomination de tuteur (art. 407). Le mineur non émancipé a son domicile chez son tuteur (art. 108). Donc, toutes les fois qu'il y aura lieu de composer un conseil de famille, après la première nomination de tuteur, il sera convoqué *au lieu du domicile du tuteur* (art. 406). Ce système, dangereux parce qu'il fait dépendre du domicile que voudrait choisir le tuteur la composition du conseil de famille, a peu de partisans. Il est de plus repoussé par le texte de la loi (art. 407).

2° Le conseil de famille s'assemble au lieu du domicile qu'avait le mineur au moment du décès de l'un de ses père ou mère, peu importe que la tutelle soit légitime, testamentaire ou dative; c'est là que la tutelle s'ouvre, et le conseil, une fois composé, *ne change pas de résidence;* le juge de paix compétent pendant toute la durée de la tutelle est celui du domicile qu'avait le mineur à l'*origine de la tutelle*. Malgré le changement de domicile du tuteur, ce juge de paix reste exclusivement chargé de convoquer tous les conseils de famille dont la réunion pourrait être nécessaire, non-seulement pendant la durée de la première tutelle, mais encore pour la délation et les affaires d'une seconde ou d'une troisième tutelle, peu importe qu'elle soit dative ou légitime. (Demolombe, VII, n° 235; Gand, 5 mai 1854, J. P. B. 1854, 246; Cologne, 20 novembre 1857, B. J., t. 17, 289; Cass. fr, 2 mars 1869, D. 1869, 1, 199; Metz, 31 mai 1870, D. 1870, 2, 194.)

3° D'autres, en adoptant cette opinion, la modifient dans le cas où le tuteur est le père ou la mère, ou un autre ascendant du mineur. Dans ce cas, la compétence du juge de paix se détermine d'après le domicile qu'a le tuteur au moment où la convo-

cation du conseil est nécessaire. Les partisans de cette opinion s'appuient sur l'affection paternelle, qui garantit que la translation du domicile ne cache aucune intention malveillante, ainsi que sur l'intérêt du mineur lui-même. (Zachariæ, § 94, notes 3 et 4; Duranton, II, n° 453, édit. belge de 1841.)

4° Enfin, suivant d'autres, la deuxième opinion est juste, mais elle ne s'applique qu'aux tutelles datives. C'est devant le juge de paix du lieu où s'est *faite la première nomination du tuteur*, donc, de l'ouverture de la tutelle, que le conseil doit continuer d'être convoqué, s'il y a lieu, pendant toute la minorité. Mais dans les tutelles légitimes et testamentaires, le tuteur fera convoquer le conseil de famille dans le lieu *de son propre domicile*. Voici les motifs de cette opinion. Dans la tutelle dative, le conseil de famille se constitue *d'abord*, et la tutelle émane de lui ; le mineur a alors pour domicile celui de ses père ou mère; le tuteur reçoit toute sa mission du conseil; et c'est ce domicile qui fixe le lieu de la convocation du conseil. Dans les tutelles *légitimes* et *testamentaires*, le tuteur existe avant le conseil de famille et indépendamment de lui; il a un droit à lui propre, qu'il tient de la loi même. Puisqu'il est tuteur avant qu'un conseil de famille existe, le mineur a déjà son domicile chez lui. (Marcadé, sur l'art. 410, n° III.)

684. La deuxième opinion seule est juste. Toutes les autres sont contraires au texte de la loi, et les distinctions qu'elles admettent sont arbitraires et peuvent présenter des inconvénients. Le siége de la matière est l'article 407. Il prescrit en thèse générale que le conseil de famille sera composé du juge de paix et de parents pris dans la commune où la *tutelle sera ouverte;* donc, que le juge de paix *de ce canton* convoquera le conseil. La commune où la *tutelle* est ouverte est celle où se trouve le domicile de celui qui doit être placé sous la tutelle ; donc, le domicile du père du mineur (art. 108). En disant *où la tutelle sera ouverte*, la loi a en vue la tutelle *in abstracto* par rapport au mineur, et non pas la tutelle exercée par tel ou tel tuteur. Pour le mineur, la tutelle *s'ouvre* par cela même qu'il *reçoit* un tuteur, et non pas par cela seul qu'il change de tuteur. Le lieu de l'ouverture de la tutelle étant celui du domicile du père du mineur, le mineur y a son principal établissement, le siége de ses affaires et de sa for-

tune. Le juge de cet endroit et les parents y demeurant sont, le plus souvent, mieux à même de connaître ses intérêts que les parents demeurant à des endroits éloignés. La disposition de l'article 407 est générale, et n'admet pas de distinction. La loi n'admet aucun autre lieu pour la convocation du conseil de famille.

Vainement oppose-t-on l'article 406 lequel, sainement entendu, dit la même chose que l'article 407. Le *domicile du mineur* est celui de son père, c'est donc le lieu où la tutelle s'ouvre. Les auteurs qui ont voulu induire de cet article que le conseil peut être convoqué *au lieu du domicile du tuteur*, parce que le mineur a son domicile chez ce dernier, ont perdu de vue une circonstance décisive, c'est que l'article 406 ne parle pas en thèse générale de la convocation *du conseil* de famille, mais seulement d'un cas spécial, et d'une *seule* convocation, c'est-à-dire du conseil de famille qui doit nommer le tuteur datif. Le commencement de l'article dit : *ce* conseil, c'est-à-dire le conseil par lequel il sera pourvu à la nomination d'un tuteur, lorsqu'un mineur n'a ni tuteur testamentaire ni tuteur légal ou légitime. L'endroit où *ce* conseil se réunit est alors celui du domicile du mineur; donc, celui où s'ouvre la tutelle.

Une nouvelle distinction commence à se faire jour dans la jurisprudence. Le conseil de famille doit être convoqué au lieu de l'ouverture de la tutelle, dans tous les cas où il s'agit d'*organiser* et de *compléter* la tutelle, c'est-à-dire de nommer un nouveau tuteur ou un nouveau subrogé tuteur. Mais lorsque la tutelle fonctionne et qu'il s'agit *d'obtenir les différentes autorisations* dont le tuteur peut avoir besoin, le conseil de famille doit être formé au domicile actuel du tuteur. Cette distinction ne peut pas être admise, n'étant pas fondée sur la loi.

685. Le devoir de venir au conseil de famille est une *obligation de droit*, ou *parfaite*, un *munus publicum*, semblable à l'obligation d'accepter une tutelle. Les parents, alliés ou amis convoqués sont tenus de s'y rendre en personne, ou de se faire représenter par un mandataire spécial. Le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne. Tout parent, allié ou ami, convoqué, et qui, sans excuse légitime, ne comparaît point, encourt une amende qui ne peut excéder 50 francs, et est pro-

noncée sans appel par le juge de paix. S'il y a excuse suffisante, et qu'il convienne, soit d'attendre le membre absent, soit de le remplacer, en ce cas, comme en tout autre où l'intérêt du mineur semble l'exiger, le juge de paix peut ajourner l'assemblée ou la proroger (art. 412-414).

686. La présence des trois quarts au moins des membres convoqués, c'est-à-dire des six membres, donc la présence de cinq membres est nécessaire pour que le conseil de famille puisse délibérer (art. 415, alin. 2). Les résolutions sont prises à la majorité, mais il n'est pas nécessaire que ce soit la majorité absolue. Si les résolutions ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres doit être mentionné au procès-verbal (C. de proc., art. 883). En règle générale, les actes du conseil de famille ne doivent pas être motivés (arg., art. 447). Le conseil est présidé par le juge de paix, qui y a voix délibérative et prépondérante en cas de partage (art. 416).

D. *Des actes du conseil de famille.*

687. Les actes du conseil de famille se divisent en *avis* et en *délibérations*. Quelquefois la loi prend un terme pour l'autre, par exemple dans le code de procédure (art. 882-889).

Les *avis* sont des actes par lesquels le conseil de famille donne à la justice son opinion sur des questions qui lui sont soumises, par exemple, sur une demande en interdiction (art. 494).

Les *délibérations* sont les actes par lesquels le conseil de famille prend une résolution ou ordonne directement une mesure quelconque; par exemple, il donne consentement au mariage du mineur, ou il prononce la destitution du tuteur.

688. Les délibérations du conseil de famille sont exécutoires par elles-mêmes, ou seulement après avoir été homologuées par le tribunal de première instance. En règle générale, elles sont exécutoires par elles-mêmes. L'homologation est nécessaire dans les cas spécialement prévus par la loi, par exemple pour aliéner ou hypothéquer les immeubles du mineur (art. 457-458). La marche à suivre pour obtenir l'homologation est prescrite par les articles 885-889 du code de procédure.

E. *Du droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille.*

689. Ces délibérations peuvent être attaquées :

1° A cause de l'inobservation des règles de la loi relatives à la composition, à la convocation et au mode de délibération du conseil. Le code ne renferme pas de sanction pour ces différentes règles. Toutes ces dispositions impératives ne sont pas d'une importance égale, eu égard au motif qui les a fait établir, c'est-à-dire, à l'intérêt du mineur. Cette importance peut être plus ou moins grande, selon que le mineur a éprouvé un préjudice ou non par suite de l'inobservation de ces règles. En l'absence d'une disposition formelle de la loi sur les effets de l'inexécution de ces règles, on doit admettre que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier quelles règles doivent être observées à peine de nullité. Ce pouvoir, le juge doit l'exercer, non-seulement d'un manière abstraite, en thèse générale, mais eu égard aux circonstances particulières de la cause. (Jugement du tribunal de Bruxelles du 15 mai 1856, B. J., t. 14, 1373; Liége, 6 mai 1868, B. J., t. 26, 1197; Brux., 23 déc. 1873; P. 1874, 346; cass. fr., 4 nov. 1874 et 20 janv. 1875; D. 1875, 1, 214; 1876, 1, 28; Zachariæ, § 93, notes 6 et 7, § 96; Valette sur Proudhon, II, p. 328.)

2° Les délibérations, même régulières dans la forme, peuvent être attaquées quant au fond lorsqu'elles n'ont pas été prises à l'unanimité. (C. de proc., art. 883.) Le juge de paix peut aussi former opposition par voie d'ajournement devant le tribunal, sans le ministère de l'avoué ; il transmet l'opposition au parquet, et l'affaire introduite est poursuivie par le procureur du roi qui agit d'office. (Circulaire du ministre de la justice de Belgique du 9 août 1865.)

690. La délibération peut être attaquée par le tuteur, le subrogé tuteur, le curateur et par chacun des membres du conseil de famille; de même par les parents qui, à tort, n'y ont pas été appelés. La délibération portant exclusion ou destitution du tuteur peut être attaquée par ce dernier (art. 448).

F. *De la responsabilité des membres du conseil de famille.*

691. Le code ne renferme aucune disposition formelle qui soumette les membres du conseil de famille à une responsabilité, à la différence de la loi du 11 brumaire an VII, articles 22 et 41, qui rendait les parents responsables des pertes que le mineur pouvait éprouver sur le reliquat du compte de tutelle, s'ils n'avaient pas requis l'inscription de l'hypothèque légale qui grevait les biens du tuteur. Toutefois on ne peut pas prétendre aujourd'hui que le conseil de famille jouisse d'une irresponsabilité absolue. Ses membres sont assujettis à la responsabilité commune des articles 1382 et 1383, mais il faut admettre qu'ils ne sont tenus que du dol et de la faute grave. (Proudhon, II, p. 326; Zachariæ, § 97.)

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE TUTELLE.

692. Il y a quatre espèces de tutelle : 1° celle des père ou mère, dite *naturelle* ou *légale ;* 2° la tutelle dite *testamentaire*, déférée par le dernier mourant des père et mère ; 3° celle des aïeuls ou autres ascendants ; elle est appelée *légitime ;* 4° la tutelle *dative,* ou déférée par le conseil de famille.

Il y a des dispositions spéciales : 1° sur la tutelle des enfants d'un absent (nos 262-268); 2° sur la tutelle des enfants admis dans les hospices (loi des 15-25 pluviôse an XIII; décret du 19 janvier 1811).

En **France**, et dans les autres pays qui ont des colonies, « quand le mineur, domicilié en France, possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur ».

« En ce cas, le tuteur et le protuteur seront indépendants, et non responsables l'un envers l'autre pour leur gestion respective » (art. 417). D'après la déclaration royale du 17 février 1743, source de cette disposition, le protuteur d'un mineur domicilié en France devait être nommé sur les lieux, dans les colonies,

par le juge. Aujourd'hui, on est généralement d'accord que le protuteur doit être nommé par le conseil de famille réuni, en **France** au domicile de la tutelle. (Valette, *Cours*, p. 530.)

La **Belgique** n'a pas de colonies.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA TUTELLE DES PÈRE ET MÈRE.

I. DE LA TUTELLE (art. 390, 394-396).

693. Après la dissolution du mariage arrivée par la *mort* de l'un des époux, la tutelle appartient de plein droit au survivant des père et mère (art. 390). La tutelle ne s'ouvre donc pas après le divorce, ni par l'interdiction ou par la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Elle appartient au survivant des père et mère, quand même il serait mineur (article 442, n° 1°). Mais alors il ne peut faire pour le pupille que les actes qu'il peut faire pour lui-même. S'il s'agit d'actes pour lesquels le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur, il doit aussi être assisté de *son curateur* quand il agit pour le pupille, par exemple pour recevoir un capital mobilier et pour en donner décharge. Toutes les fois qu'il y a lieu de faire un acte pour lequel l'autorisation du conseil de famille est requise, c'est celle du conseil de famille *du pupille*, et non celle du conseil de famille du *tuteur* qu'il faut obtenir.

694. Le père survivant doit nécessairement accepter la tutelle, à moins qu'il ne puisse invoquer une excuse légale. La mère n'est pas tenue d'accepter la tutelle (art. 394); mais une fois qu'elle l'aura acceptée, elle ne peut plus s'en décharger sans avoir une excuse légale. Si la mère refuse la tutelle, le choix d'un autre tuteur appartient au conseil de famille. Le père ne peut pas déférer la tutelle, pour le cas où la mère survivante ne l'accepterait pas; car ce droit n'appartient qu'au *dernier mourant* des père et mère (art. 397). Il n'y a pas non plus lieu à la tutelle des ascendants, laquelle ne s'ouvre qu'*après le décès* des père et mère (art. 402).

Si la mère refuse la tutelle, elle doit néanmoins en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur (art. 394).

695. Si la mère tutrice veut se remarier, elle doit, avant l'acte de mariage, faire convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. La délibération, prise à la majorité, portant que la tutelle ne sera pas conservée à la mère peut être attaquée par le recours au tribunal (C. de proc., article 883). (Agen, 24 déc. 1860, D., 1861, 2, 20.) A défaut de cette convocation, elle perdra la tutelle de plein droit; et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée (art. 395). Mais ce n'est pas elle qui a le droit de se prévaloir de cette déchéance. Sa responsabilité continue, comme si elle était tutrice. Mais, puisqu'elle n'est plus *tutrice*, son nouveau mari n'est pas *cotuteur* et ses biens ne peuvent pas être grevés de l'hypothèque légale, comme dans le cas prévu dans l'article 396. Le nouveau mari est responsable de *toutes les suites de la tutelle* indûment conservée, donc aussi de la gestion *antérieure* au second mariage (arg., art. 396 à la fin). Par cette pénalité, le législateur a voulu contraindre le second mari à régulariser la tutelle de sa femme, avant de se marier.

696. Lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour cotuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion *postérieure* au mariage (article 396). On disait anciennement : *Qui épouse la veuve épouse la tutelle.* (Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 18.) La position sociale du nouveau mari, son caractère et les garanties qu'il présente doivent être pris en considération par le conseil de famille quand il délibère sur le maintien de la tutelle. Dans ce cas, le second mari est un véritable tuteur, chargé d'administrer conjointement avec sa femme, et soumis à toutes les règles de la loi applicables aux tuteurs, donc aussi à l'hypothèque légale. Par les mêmes motifs la tutelle du second mari, n'étant qu'accessoire, cesse avec celle de sa femme. (Valette, *Explic. somm.*, p. 229.)

697. La tutelle des enfants naturels n'appartient pas de droit au survivant des père et mère. Elle doit toujours être déférée par le conseil de famille. Car l'article 390 attribue la tutelle des

enfants au père ou à la mère après la *dissolution du mariage*. D'ailleurs, il n'y a pas nécessité de combler cette lacune par voie d'interprétation, comme il faut le faire pour la puissance paternelle, puisqu'on a toujours la ressource de la tutelle dative. (Demolombe, VIII, nos 385 et suivants.)

II. DU CONSEIL QUE LE PÈRE PEUT NOMMER A LA MÈRE (articles 391, 392).

698. Le père ne peut pas enlever la tutelle à la mère, ni limiter les actes de la mère quant à la *puissance paternelle*, mais seulement quant aux actes de la tutelle ; mais le père peut nommer à la mère tutrice un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle, ou aucun des actes que le père aura spécifiés (art. 391). En refusant au mari cette faculté et en lui donnant celle de nommer un conseil, la loi a voulu concilier autant que possible les droits de la mère avec les intérêts des enfants.

Cette nomination de conseil ne peut être faite que par acte de dernière volonté en forme testamentaire, ou par une déclaration faite devant le juge de paix du domicile du survivant, assisté de son greffier, ou devant notaire dans la forme des actes notariés (art. 392).

699. La mère tutrice est habile à faire, sans l'assistance du conseil, tous les actes pour lesquels cette assistance n'a pas été imposée. Mais, pour les autres actes, quel est l'effet de la nomination du conseil? La mère doit-elle seulement prendre son avis, ou doit-elle s'y conformer? Elle doit s'y conformer. Car, autrement, la nomination du conseil serait inutile. Les actes passés sans cette assistance sont nuls, tant à l'égard du pupille qu'à l'égard des tiers. Toutes les fois que la loi exige l'assistance de quelqu'un dans un acte, l'acte ne peut être fait sans cette assistance (arg., art. 480, 482, 499, 513, 1398). Le conseil peut s'opposer aux actes, avant qu'ils soient passés. Puisque la mère doit se conformer aux avis du conseil, et qu'elle ne peut pas agir sans lui, il faut décider que le conseil est responsable de son inattention et de sa négligence. De ce que la mère ne peut pas agir sans le conseil, il suit qu'elle ne peut pas être responsable de l'*omis-*

sion des actes que son conseil ne l'a *pas autorisée* à faire. Mais elle n'est pas déchargée de la responsabilité des actes qu'elle a faits, même de l'avis du conseil.

Nul n'est tenu d'accepter la charge de conseil. La loi n'y oblige pas. Les pouvoirs du conseil cessent si la mère refuse la tutelle ou s'en démet.

Ni le conseil de famille ni les tribunaux ne peuvent donner un remplaçant au conseil, qui ne peut ou ne veut pas accepter sa nomination.

III. DU CURATEUR AU VENTRE (art. 393).

700. Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille (*curator ventri datus*). Il suffit, à cet effet, que la femme allègue sa grossesse. Le code contenait l'expression de *curateur de l'enfant à naître ;* on y a substitué celle de *curateur au ventre*, venant du droit romain et reçue dans l'ancienne jurisprudence. La loi suppose qu'au moment du décès du mari, il n'y ait pas d'enfants mineurs non émancipés; autrement la mère serait déjà tutrice et aurait l'administration de la succession du mari.

Pendant la grossesse, le curateur au ventre doit administrer les biens laissés par le défunt, et veiller, autant que possible, à ce qu'il n'y ait pas une *supposition* ou une *suppression de part*. Il doit aussi sauvegarder les intérêts des tierces personnes.

A la naissance de l'enfant, la mère en devient tutrice, et le curateur en est de plein droit le subrogé tuteur.

SECTION II.

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE PÈRE OU LA MÈRE (art. 397-401.)

701. Le droit individuel de choisir un tuteur parent, ou même étranger, n'appartient qu'au *dernier mourant* des père et mère, qu'ils soient majeurs ou mineurs. Le père ne peut pas l'enlever à la mère, quand même il lui aurait nommé un conseil pour l'administration de la tutelle. Mais ce droit n'appartient qu'au *dernier mourant*. Ainsi, lorsque l'un des conjoints est en état d'interdiction, l'autre ne peut pas, en mourant, nommer un tuteur aux en-

fants communs; le droit conféré à une seule personne de nommer un tuteur, étant exceptionnel, ne doit pas être étendu. Par la même raison, la mère qui n'accepte pas la tutelle, ou le père valablement excusé, ne peut pas, *de son vivant*, nommer un tuteur pour le remplacer. En ce cas, la tutelle est dative; le texte de l'article 397 n'accorde le droit de nomination qu'au *dernier mourant*.

702. Mais le droit de nomination d'un tuteur appartient-il au dernier mourant des père et mère, lorsqu'il n'est pas lui-même investi de la tutelle à l'époque de sa mort ? Il est certain que la mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage ne peut pas leur choisir un tuteur (art. 399). Il faut étendre cette disposition *a fortiori* à tous les cas où le survivant a été exclu ou destitué de la tutelle. Car alors il n'est pas même capable de voter dans un conseil de famille pour la nomination d'un tuteur (art. 445); à plus forte raison est-il incapable de le nommer seul de sa propre autorité. Il en est de même dans le cas où le survivant s'est fait excuser de la tutelle. Car si le père ou la mère survivant s'est excusé de la tutelle, le conseil de famille a dû nommer un autre tuteur (art. 405). Si le dernier mourant, qui n'avait pas la tutelle, avait le droit de nommer un tuteur, la tutelle dative cesserait après sa mort, et la tutelle testamentaire commencerait. Mais le code ne donne pas au dernier mourant le droit de destituer un tuteur qui est en exercice, et ne range pas parmi les causes qui font cesser la tutelle dative le choix que le survivant ferait d'un tuteur, dont les fonctions commenceraient après sa mort.

703. La nomination du tuteur par le dernier mourant des père et mère se fait *dans la même forme dans laquelle* le père nomme un conseil à la mère tutrice (art. 398; *suprà*, n° 697). La nomination d'un tuteur, de quelque manière qu'elle ait été faite, est révocable.

704. Le choix d'un tuteur fait par la mère remariée et *maintenue* dans la tutelle n'est valable qu'autant qu'il est confirmé par le conseil de famille (art. 400). Le choix de la mère, quand même il n'aurait pas été confirmé par le conseil de famille, a toujours pour effet d'empêcher la tutelle légitime des ascendants et de donner ouverture à la tutelle dative.

705. Le tuteur élu par le père ou la mère est tenu d'accepter la tutelle, s'il est dans la classe des personnes que, à défaut de cette nomination le conseil de famille eût pu en charger (art. 401).

SECTION III.

DE LA TUTELLE DES ASCENDANTS (art. 402-404).

706. Lorsqu'il *n'a pas été choisi* au mineur un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère, la tutelle appartient de droit à son aïeul paternel. Donc, dans le cas où le tuteur choisi a été excusé, ou exclu, ou déclaré incapable, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants, mais à la tutelle dative. (Cass. B., 9 décembre 1852, B. J., t. 11, 65; P. 1853, 86.) Il en est de même si le tuteur, choisi par la mère remariée et maintenue dans la tutelle, n'a pas été confirmé par le conseil de famille (n° 704).

Le motif qui a fait exclure, dans ce cas, la tutelle des ascendants, c'est que par cela seul que le père ou la mère a choisi un tuteur et a ainsi exclu le plus proche ascendant, il peut y avoir un *doute* sur sa capacité, et il vaut alors mieux laisser le choix au conseil de famille.

A défaut d'aïeul paternel, c'est-à-dire lorsqu'il n'en *existe pas,* la tutelle appartient à l'aïeul maternel, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré (art. 402). Si l'aïeul d'un degré ou d'une ligne est incapable ou excusé, la tutelle n'est pas déférée au degré suivant, mais il y a lieu à la tutelle dative (arg., art. 405).

Les *ascendantes* ne sont pas appelées *de droit* à la tutelle.

707. Si, à défaut de l'aïeul paternel et de l'aïeul maternel du mineur, la concurrence se trouvait établie entre deux ascendants du degré supérieur qui appartinssent tous deux à la ligne paternelle du mineur, la tutelle passera de droit à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur (art. 403); car le mineur perpétue la famille de l'aïeul paternel dont il porte le nom. Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la nomination sera faite par le conseil de famille, qui ne pourra néanmoins que choisir l'un de ces deux ascendants (art. 404).

SECTION IV.

DE LA TUTELLE DÉFÉRÉE PAR LE CONSEIL DE FAMILLE (art. 405-406).

708. Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé reste sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père ou mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités exprimées aux nos 693-707 se trouve valablement excusé ou exclu, il doit être pourvu, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur (art. 405). Ce droit appartient au conseil de famille, quand même le tribunal aurait annulé une première nomination de tuteur.

709. D'après le projet primitif, les parents et alliés résidant dans le canton de justice de paix du domicile du mineur, qui n'avaient pas fait convoquer le conseil de famille, étaient responsables du préjudice que le défaut ou le retard de cette convocation avait porté au mineur. Cette disposition a été remplacée par l'article 406, portant que le conseil de famille sera convoqué, soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur; et que toute personne peut dénoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur. D'après un article additionnel à l'article 79 du code civil, décrété par la loi belge du 16 décembre 1851, l'officier de l'état civil doit, sous peine de 100 francs d'amende, et du double en cas de récidive, donner, dans les vingt-quatre heures, connaissance de l'acte de décès qu'il a dressé, au juge de paix du canton du domicile du décédé, en lui faisant connaître, autant que possible, s'il y a des héritiers mineurs ou absents. Cette disposition a pour but de garantir l'exécution de la loi qui veut que les mineurs soient pourvus de tuteurs.

710. Si la nomination du tuteur n'a pas été faite en sa présence, elle doit lui être notifiée, à la diligence du membre de l'assemblée de famille désigné par elle. Cette notification doit être faite dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du tuteur (C. de proc. civ., art. 882).

SECTION V.

DU SUBROGÉ TUTEUR (art. 420-426).

711. Dans toute tutelle, il y aura un subrogé tuteur. Ses fonctions consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont *en opposition avec ceux du tuteur* (art. 420). L'origine de cette institution se trouve dans le droit coutumier.

712. Le subrogé tuteur doit toujours être nommé par le conseil de famille. Celui à qui la tutelle est déférée par la loi ou par le dernier mourant des père et mère doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer le conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur. S'il s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir fait cette convocation, le conseil de famille peut, s'il y a eu dol de la part du tuteur, lui retirer la tutelle, sans préjudice des indemnités dues au mineur (art. 421). Les actes faits par le tuteur avant la nomination du subrogé tuteur ne sont pas nuls, mais ils peuvent donner lieu aux dommages-intérêts. Dans la tutelle dative, la nomination du subrogé tuteur doit avoir lieu immédiatement après celle du tuteur (art. 422). En aucun cas, le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé tuteur, lequel doit être pris, hors le cas de frères germains, dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas (art 423).

713. Le subrogé tuteur ne remplace pas de plein droit le tuteur, lorsque la tutelle devient vacante, ou qu'elle est abandonnée par absence; mais il doit, en ce cas, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424).

714. Les fonctions du subrogé tuteur cessent par la mort, l'émancipation ou la majorité du pupille; mais elles ne cessent pas toutes les fois que cessent les fonctions du tuteur, par exemple, par la mort du tuteur ou par sa destitution.

Le changement de tutelle peut donner lieu à un changement de subrogé tuteur; par exemple, si, après la mort ou la destitution du tuteur, le conseil de famille trouvait utile de nommer le nouveau tuteur dans la ligne à laquelle appartient le subrogé tuteur, il serait nécessaire de nommer un autre subrogé tuteur (art. 423).

Le droit du conseil de famille, de choisir le tuteur où il veut, ne peut pas être restreint.

Les règles sur les dispenses, l'exclusion, l'incapacité et la destitution du tuteur s'appliquent aux subrogés tuteurs (art. 426; voy. *infrà*, nos 715-724).

Le subrogé tuteur est responsable, lorsque, par les fautes apportées à l'accomplissement de ses obligations, il a causé un préjudice au mineur. (Nancy, 7 fév. 1861, D., 1861, 2, 200; Gand, 12 avril 1871, P. 1871, 326.)

SECTION VI.

DES CAUSES QUI DISPENSENT DE LA TUTELLE (art. 427-441).

715. L'obligation d'accepter la tutelle ou la subrogée tutelle est imposée comme un devoir social à tous les membres de l'Etat, parents et non parents du mineur. La loi admet des restrictions à ce principe. Certaines personnes peuvent invoquer des *excuses* ou dispenses. Quelques-unes de ces excuses sont fondées sur l'intérêt public (art. 427-431); d'autres sont fondées uniquement sur l'intérêt privé (art. 432-437).

716. Pour des motifs d'intérêt public, sont dispensés de la tutelle : 1° les personnes désignées dans les titres III, V, VI, VIII, IX, X, XI de l'acte des constitutions du 18 mai 1804; la plupart des fonctions qui y sont énumérées n'existent plus en Belgique; mais, en vertu de cette disposition, les membres de la famille royale, les ministres, les sénateurs et les membres de la chambre des représentants doivent encore être dispensés de la tutelle; 2° les présidents, conseillers, le procureur général et les avocats généraux à la cour de cassation; 3° les membres de la cour des comptes (loi du 16 septembre 1807); 4° les gouverneurs de province; 5° tous citoyens exerçant une fonction publique dans une province autre que celle où la tutelle s'établit; en Belgique, cette disposition n'est plus applicable aux ecclésiastiques; ils ne sont pas fonctionnaires publics (Const., art. 16); 6° les militaires en activité de service; 7° tous citoyens qui remplissent, hors du territoire du royaume, une mission du gouvernement. Si la mission est non authentique et contestée, la dispense ne sera prononcée qu'après la représentation, faite par le réclamant,

du certificat du ministre au département duquel ressortit la mission articulée comme excuse (art. 428, 429).

717. Les citoyens de la qualité exprimée au n° 716, qui ont accepté la tutelle postérieurement aux fonctions, services ou missions qui en dispensent, ne sont plus admis à s'en faire décharger pour cette cause. Ceux, au contraire, à qui ces fonctions, services ou missions ont été conférés postérieurement à l'acceptation et à la gestion d'une tutelle, peuvent, s'ils ne veulent pas la conserver, faire convoquer, dans le mois, un conseil de famille, pour y être procédé à leur remplacement. Si, à l'expiration de ces fonctions, services ou missions, le nouveau tuteur réclame sa décharge, ou que l'ancien redemande la tutelle, elle *pourra* lui être rendue par le conseil de famille (art. 430, 431).

718. Pour des motifs d'intérêt privé, les dispenses peuvent avoir lieu dans les cas suivants : 1° Tout citoyen non parent ni allié ne peut être forcé d'accepter la tutelle que lorsqu'il n'existe pas, dans la distance de quatre myriamètres, des parents ou alliés en état de gérer la tutelle (art. 432). La tutelle est principalement une charge de la parenté. Les parents et alliés ne peuvent se soustraire à la tutelle en se prévalant d'une distance plus ou moins grande qui sépare leur domicile de celui du mineur. Ils ne peuvent pas invoquer non plus pour excuse l'existence de parents ou alliés plus proches, quand même ceux-ci seraient domiciliés dans le rayon de quatre myriamètres. (*Contrà*, Gand, 4 juin 1852, B. J., t. 10, 710; P., 1853, 147.) 2° Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur. Celui qui a été nommé avant cet âge peut, à soixante et dix ans, se faire décharger de la tutelle (art. 433). Bien que cet article ne parle que du tuteur *nommé*, il faut l'appliquer aussi bien aux autres tutelles qu'à la tutelle dative. Celui qui a *accepté* la tutelle postérieurement à l'accomplissement de l'âge de soixante-cinq ans est censé avoir renoncé à l'excuse, et ne peut pas demander sa décharge après l'âge de soixante et dix ans. 3° Tout individu atteint d'une infirmité grave et dûment justifiée est dispensé de la tutelle. Il peut s'en faire décharger si l'infirmité est survenue depuis la nomination (art. 434). 4° Deux tutelles sont, pour toutes personnes, une dispense d'en accepter une troisième. Celui qui, époux ou père, est déjà chargé d'une tutelle, ne peut être tenu

d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants (art. 435). Ce n'est pas le nombre des pupilles, mais le nombre des *patrimoines* séparés qui forme le nombre des tutelles, comme en droit romain. Le père qui a deux tutelles ne peut pas refuser celle de ses enfants. 5° Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle de leurs enfants. Les enfants morts en activité de service dans les armées du roi sont toujours comptés pour opérer cette dispense. Les autres enfants morts ne sont comptés qu'autant qu'ils ont eux-mêmes laissé des enfants actuellement existants (art. 436). Les enfants naturels et les enfants adoptifs ne comptent pas pour opérer dispense. Les petits-fils ne comptent que pour une personne. La survenance d'enfants pendant la tutelle ne peut autoriser à l'abdiquer (art. 437).

719. L'énumération des excuses est limitative. (En sens contraire, voy. Gand, 4 juin 1852, cité au n° 718.) Il n'en existe point d'autres: Une opinion contraire dit que le sens de cette énumération est que tout le monde a le droit d'invoquer des excuses, et que le conseil de famille *doit* les admettre, mais qu'il *peut* en admettre d'autres. En droit, c'est une erreur. L'énumération est limitative. Mais comme, *en fait*, le conseil de famille n'est pas tenu de motiver ses décisions, il peut implicitement admettre d'autres excuses, en nommant un autre tuteur que celui qui allègue les excuses, pourvu que sa décision ne lèse pas les droits d'un tiers, par exemple, dans le cas de l'article 432 (n° 718, 1°).

720. Quand et comment l'excuse doit-elle être proposée? Le mineur ne doit pas rester longtemps sans tuteur, et il faut éviter les frais des convocations. C'est pourquoi le tuteur nommé, s'il est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, devra sur-le-champ, et sous peine d'être déclaré non recevable dans toute réclamation ultérieure, proposer ses excuses, sur lesquelles le conseil de famille doit délibérer (art. 438). Le tuteur représenté par mandataire n'est pas tenu de proposer ses excuses sur-le-champ. Le mandataire n'a pas pouvoir à cet effet. Si le tuteur nommé n'a pas assisté à la délibération qui lui a déféré la tutelle, il peut faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses. Ses diligences à ce sujet doivent avoir lieu dans le délai de trois jours, à partir de la notification qui lui a été faite

de sa nomination ; ce délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres — en France, cinq myriamètres (voy. *suprà*, n° 682) — de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle ; passé ce délai, il est non recevable (art. 439). Si ses excuses sont rejetées, il peut se pourvoir devant les tribunaux pour les faire admettre ; mais, pendant le litige, il est tenu d'administrer provisoirement (art. 440). L'action du tuteur contre la décision du conseil de famille qui a rejeté l'excuse n'est pas soumise à la déchéance. Car il s'agit de son intérêt seul ; la tutelle est établie. Si le tuteur parvient à se faire exempter de la tutelle, ceux qui ont rejeté l'excuse peuvent être condamnés aux frais de l'instance (art. 441). Il n'y a pas nécessité ; par exemple, les frais peuvent être mis à la charge du mineur, si les membres du conseil de famille ont agi de bonne foi. S'il succombe, il sera condamné lui-même. Le code déroge ici à l'article 131 du code de procédure, d'après lequel les dépens peuvent être compensés entre proches parents.

Lorsque la tutelle est légale, légitime ou testamentaire, les excuses doivent être proposées dans la première assemblée de la famille (arg., art. 438).

SECTION VII.

DE L'INCAPACITÉ, DES EXCLUSIONS ET DESTITUTIONS DE LA TUTELLE (art. 442-449.)

721. I. De l'incapacité. — L'incapacité est l'absence des qualités requises pour être tuteur. Elle est établie dans l'*intérêt du pupille* et nul ne peut y renoncer. Sont incapables : 1° les mineurs, excepté le père ou la mère ; 2° les interdits ; ceux qui sont placés sous conseil judiciaire sont aussi incapables ; 3° les femmes autres que la mère et les ascendantes ; 4° tous ceux qui ont ou dont les père ou mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune, ou une partie notable de ses biens, sont compromis (art. 442).

722. II. Des exclusions et de la destitution. — Il y a *exclusion* lorsque le tuteur est écarté de la tutelle (légale, testamentaire ou légitime) avant d'avoir commencé à la gérer. Il y a *destitution* lorsque la tutelle est enlevée à quelqu'un, après qu'il a déjà administré. L'une et l'autre portent atteinte à l'honneur ou au

caractère du tuteur. Les exclusions et destitutions ont pour cause : 1° la condamnation à une peine afflictive ou infamante (art. 443); 2° l'interdiction des droits de famille prononcée par les tribunaux correctionnels dans les cas où la loi autorise cette interdiction; dans les deux cas mentionnés, le condamné peut être tuteur de ses enfants, sur l'avis du conseil de famille (code pén., art. 28, 42, 43; code pén. b., 19, 31, 33 ; *suprà*, n°s 129, 130); 3° l'inconduite notoire (art. 444). Cette cause de destitution ou d'exclusion s'applique aussi aux père et mère. (Cass. fr., 15 mars 1864; D., 1864, 1, 301.) Elle doit être *notoire;* une enquête judiciaire n'est pas admissible. Par l'inconduite il ne faut pas seulement entendre le désordre dans les affaires, mais aussi le dérèglement des mœurs ; 4° l'incapacité ou l'infidélité dans la gestion (art. 444, n° 2).

723. Lorsqu'il y a lieu à une destitution de tuteur, elle doit être prononcée par le conseil de famille, convoqué à la diligence du subrogé tuteur, ou d'office par le juge de paix. Celui-ci ne peut pas se dispenser de faire cette convocation, si elle est formellement requise par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain, ou à des degrés plus proches, quand même ils ne feraient pas partie du conseil de famille. Toute délibération qui prononce l'exclusion ou la destitution du tuteur doit être motivée, et ne peut être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur. Si le tuteur adhère à la délibération, il en est fait mention, et le nouveau tuteur entre aussitôt en fonctions. S'il y a réclamation, le subrogé tuteur doit poursuivre l'homologation de la délibération devant le tribunal de première instance, qui prononce, sauf l'appel. Le tuteur exclu ou destitué peut lui-même, en ce cas, assigner le subrogé tuteur pour se faire déclarer maintenu en la tutelle. Les parents ou alliés qui ont requis la convocation peuvent intervenir dans la cause, qui doit être instruite et jugée comme affaire urgente (art. 446-449).

724. L'énumération des causes d'incapacité, d'exclusion ou de destitution est restrictive.

SECTION VIII.

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR (art. 450-468).

I. RÈGLES GÉNÉRALES.

725. Le tuteur doit donner des soins paternels au pupille et administrer ses biens en bon père de famille. Il *représente* le mineur dans tous les actes de la vie civile, et il agit *seul*, sans l'intervention ou l'assistance du mineur (art. 450). Toutefois dans certains cas, le mineur agit *lui-même;* savoir, pour son enrôlement dans l'armée, et pour louer ses services personnels, son art ou son industrie. Il agit encore lui-même quand il contracte mariage et quand il passe son contrat de mariage (art. 75, 1398), mais, dans ces deux cas, avec l'autorisation des personnes dont le consentement est requis pour son mariage. Le tuteur est responsable de tout dommage qui résulte de l'inaccomplissement de ses obligations. Il répond de toute faute, mais cependant avec le tempérament, qu'il n'est tenu que de *diligentia quam in suis rebus*. (Brux., 23 janv. 1850, B. J., t. 10, 936; P., 1851, 11).

725 *bis*. Un mineur pourrait-il avoir plusieurs tuteurs? La question est controversée. Presque toutes les dispositions du code démontrent que le législateur ne divise pas la tutelle, qu'il suppose qu'il n'y a qu'un tuteur. S'il y en avait plusieurs, on pourrait demander quel est celui qui *représente* le mineur dans ses actes civils. Toutefois il est vrai de dire que le code *ne défend* pas la nomination de plusieurs tuteurs à un mineur. Bien, au contraire, il admet en *principe* la pluralité des tuteurs; témoin la cotutelle et la protutelle (art. 396 et 417). Donc, l'unité de la tutelle n'est pas un principe d'ordre public, puisque le législateur lui-même y déroge, et, nous ajoutons, même sans *nécessité*. Si l'intérêt du mineur l'exige — et, dans certains cas, la mesure pourrait être très-utile, — le conseil de famille pourra nommer plusieurs tuteurs. Il pourrait en même temps décider lequel *représentera* le mineur dans ses actes civils, ou bien

diviser cette représentation suivant les objets dont chaque tuteur serait chargé.

Au reste, en droit romain, la pluralité des tuteurs est permise et elle était même très-usitée à Rome. (Maynz, *Cours de dr. romain*, § 347. En ce sens se prononcent Valette, *Cours*, p. 530; Dijon, 14 mai 1862, D. 1862, 2, 121 et la note ; Cass. fr., 14 décembre 1863, D. 1864, 1, 63. En sens *contraire*, Laurent, t. IV, n° 362 ; Brux., 2 juillet 1877, dans ses motifs ; Gand, 24 janvier 1878 ; P. 1878, 51 et 197).

726. La responsabilité du tuteur et toutes les conséquences qui en dérivent commencent au moment où il obtient connaissance de la délation de la tutelle, même dans le cas où il aurait à faire valoir une excuse, qu'il serait dans l'impossibilité de proposer sur-le-champ, ou qu'il ne pourrait faire accueillir que plus tard (art. 394, 418, 419, 440). Ainsi :

1° Le tuteur nommé par le conseil de famille est responsable à partir du moment de sa nomination, s'il est présent à la délibération, et, s'il n'y est pas présent, à partir de la notification légale qui lui a été faite de sa nomination (art. 418, 438, 440, code de proc., 882).

2° La responsabilité du tuteur légal commence au jour même du décès qui donne ouverture à la tutelle, si le tuteur est présent sur les lieux ; et, s'il n'est pas présent, elle commence au moment où il a acquis connaissance du décès, n'importe de quelle manière.

3° La responsabilité du tuteur nommé par le dernier mourant des père ou mère commence à la date de l'ouverture de l'acte de nomination, s'il est présent. Dans le cas contraire, elle commence du jour où le choix qui l'appelle à la tutelle lui a été légalement notifié.

II. DES OBLIGATIONS DU TUTEUR LORS DE SON ENTRÉE EN FONCTIONS.

727. Il faut distinguer deux cas :

1° Le tuteur continue la gestion d'une tutelle antérieure. Il n'a ordinairement qu'à recevoir le compte du tuteur auquel il succède et à prendre l'administration des biens de son pupille.

728. 2° Le mineur est pour la première fois soumis à la tutelle. Le tuteur doit remplir plusieurs obligations :

a. Il doit requérir la levée des scellés s'ils ont été apposés (article 451), dans les dix jours qui suivent celui de sa nomination. Cet article n'est pas exclusivement applicable à la tutelle dative, mais il s'étend à toute espèce de tutelle ; alors il faut dire : dans les dix jours qui suivent celui où le tuteur a eu connaissance de la tutelle.

b. Il doit procéder immédiatement à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur (art. 451, code de proc., 941). Si le tuteur a négligé l'accomplissement de cette obligation, la consistance des biens du mineur peut être établie contre lui par commune renommée, et même, suivant les circonstances, par le serment à déférer au mineur (arg., art. 1415, 1442). Le tuteur doit faire inventaire aussi toutes les fois que, dans le cours de la tutelle, il échoit au mineur des biens par donation ou succession.

Le tuteur auquel il est dû quelque chose par le mineur. doit le déclarer dans l'inventaire, sous peine de déchéance. Cette précaution a pour but d'empêcher que le tuteur, qui reçoit tous les papiers et titres relatifs aux biens du mineur, ne supprime les quittances constatant les payements qui lui auraient été faits par l'auteur du mineur. Mais la déchéance n'est encourue que lorsque l'officier public chargé de la rédaction de l'inventaire *aura requis le tuteur* de déclarer s'il lui est dû quelque chose. Le motif et le texte de la loi s'opposent à ce que cette disposition s'applique au subrogé tuteur, qui ne détient pas les papiers du pupille.

On ne peut pas prononcer la déchéance de l'usufruit légal du père ou de la mère, par cela seul que l'inventaire n'a pas été commencé dans les dix jours. Cette peine n'est prononcée par l'article 1442, alinéa 2, qu'à raison du *défaut d'inventaire*, ce qui doit s'entendre du cas où l'inventaire n'a pas été fait suivant le droit commun, c'est-à-dire, dans les trois mois.

729. *c*. Le tuteur doit faire décider par le conseil de famille quels meubles *corporels* seront conservés en nature et quels meubles seront vendus. Dans le mois qui suit la clôture de l'inventaire, il doit faire vendre en présence du subrogé tuteur, aux enchères reçues par un officier public, et après les affiches et publications

dont le procès-verbal de vente fera mention, tous les meubles corporels autres que ceux que le conseil de famille l'a autorisé à conserver en nature, ou dont le testateur ou donateur aurait ordonné la conservation en nature (art. 452). Le délai d'un mois n'est pas de rigueur ; mais le tuteur est passible de dommages-intérêts, si le retard a causé un préjudice au mineur.

Toutefois les père et mère, tant qu'ils ont la jouissance propre et légale des biens du mineur, sont dispensés de vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder pour les remettre en nature, bien entendu sans préjudice au droit des créanciers du mineur qui peuvent requérir la vente. Mais les créanciers des père et mère n'ont pas ce droit, pas même dans le but de jouir des fruits ou intérêts que produirait le prix de cette vente.

Les père ou mère qui préfèrent garder les meubles en nature doivent en faire faire, à leurs frais, une estimation à juste valeur, par un expert qui doit être nommé par le subrogé tuteur et prêter serment devant le juge de paix. L'estimation doit être faite *à juste valeur*, c'est-à-dire *sans crue*. D'après un ancien usage, on estimait les choses, dans les inventaires, *au-dessous* de leur valeur, parce qu'un édit d'Henri II de 1556 rendait les huissiers et autres officiers faisant la prisée des meubles, garants de cette prisée. Mais ceux qui devaient rendre les meubles devaient ajouter à la prisée un supplément appelé *crue*, et consistant ordinairement dans une quote-part de la prisée, afin de les porter à leur juste valeur. Le code a aboli la crue, et prescrit, dans tous les inventaires, l'estimation à la juste valeur (art. 825, 868 ; code de proc., art. 943, n° 3).

Les père ou mère doivent rendre la valeur estimative de ceux des meubles qu'ils ne pourraient représenter en nature ; mais ils ne sont pas responsables des pertes ni des dégradations survenues par cas fortuit ou par le seul effet de l'usage (art. 453, 589). (Valette, *Explication sommaire*, etc., p. 244-246.)

730. *d.* Le tuteur doit se conformer aux instructions que le conseil de famille lui donne lors de l'entrée en exercice, et portant sur les objets suivants : 1° le conseil de famille doit régler, par aperçu et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur, ainsi que celle d'administration de ses biens ; 2° il doit décider si le tuteur

est autorisé à s'aider, dans sa gestion, d'un ou plusieurs administrateurs particuliers, salariés et gérant sous sa responsabilité; 3° il doit déterminer la somme à laquelle commence, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense : cet emploi doit être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur doit les intérêts à défaut d'emploi. La loi lui laisse un délai pour pouvoir chercher un bon placement des fonds. Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il doit, après le délai de six mois, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit, à moins qu'il n'allègue un motif légitime pour lequel il n'aurait pas fait l'emploi. Les règles qui précèdent s'appliquent aux capitaux remboursés, comme à l'excédant des revenus. Les dispositions énoncées sous les nos 1, 2 et 3 ne sont pas applicables à la tutelle des père et mère (art. 454-456).

En **Belgique**, d'après la loi du 16 décembre 1851, art. 55-57, le conseil de famille peut, dans le cas où le tuteur ne possède pas d'immeubles, ou n'a que des immeubles insuffisants pour répondre de la totalité de sa gestion, ordonner qu'en attendant l'emploi qu'il aura fixé, les deniers du mineur soient, en tout ou au delà d'une certaine somme, versés par le tuteur à la caisse des dépôts et consignations, à la diligence du subrogé tuteur ou d'un membre du conseil de famille commis à cet effet.

III. DES OBLIGATIONS DU TUTEUR DANS L'ADMINISTRATION DE LA TUTELLE.

A. *En ce qui concerne la personne du mineur.*

731. Le tuteur doit donner à l'éducation et à l'entretien du mineur tous les soins d'un bon père; mais il n'est tenu ni de payer de ses propres deniers les frais qui en résultent, ni d'élever lui-même le mineur. Il ne peut porter atteinte aux droits résultant de la puissance paternelle, relativement à l'éducation de l'enfant. (Colmar, 19 novembre 1857, D., 1859, 2, 36.) Le tuteur doit veiller à l'établissement du mineur. Il doit prendre les mesures nécessaires pour lui donner un état en rapport avec sa con-

dition et sa fortune, soit en le plaçant en apprentissage chez un artisan ou dans une maison de commerce, soit en lui faisant faire des études. En ce qui concerne l'éducation morale et religieuse du pupille, le tuteur n'en est pas l'arbitre absolu; le conseil de famille a qualité pour lui donner des instructions à ce sujet (Bruxelles, 15 janvier 1876, P., 1876, 119).

Lorsque le mineur donne, par sa conduite, de graves sujets de mécontentement, le tuteur peut se faire autoriser par le conseil de famille à demander au président du tribunal, par *voie de réquisition*, la détention du mineur (art. 468; et *suprà*, n° 653).

Le tuteur peut provoquer l'émancipation du mineur.

B. *En ce qui concerne le patrimoine du mineur.*

732. On peut diviser en cinq classes les actes relatifs au patrimoine du mineur, suivant que le tuteur a ou n'a pas le pouvoir de les faire : 1° actes que le tuteur peut faire seul; 2° actes qui exigent l'autorisation du conseil de famille; 3° actes qui exigent l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal; 4° actes qui, outre les conditions indiquées sous les n°s 2 et 3, exigent encore d'autres formalités particulières; 5° actes qui sont interdits au tuteur.

1. DES ACTES QUE LE TUTEUR PEUT FAIRE SEUL.

733. Le tuteur a le droit et l'obligation d'administrer le patrimoine du mineur, et par conséquent de prendre toutes les mesures nécessaires pour le conserver, l'augmenter, et en retirer un revenu proportionné à son importance (art. 450).

Il peut et doit donner des soins à la conservation des meubles non vendus, faire toute espèce d'actes conservatoires, prendre ou renouveler les inscriptions hypothécaires, requérir la transcription des actes d'acquisition d'immeubles, éteindre les dettes et les charges du patrimoine du mineur, interrompre les prescriptions, entretenir les bâtiments, faire des contrats d'assurance contre l'incendie et autres fléaux, cultiver les fonds de terre et les améliorer, percevoir les revenus et en donner quittance, toucher les capitaux exigibles et les rentes remboursées. Il peu-

aliéner les meubles corporels que le conseil de famille ne l'aura pas autorisé à conserver en nature par la délibération que le tuteur est obligé de provoquer à ce sujet, lors de son entrée en fonctions (art. 452). Il doit placer de la manière la plus avantageuse et la plus sûre possible, et principalement en immeubles, sur hypothèque, ou en rentes sur l'État, l'excédant des revenus sur les dépenses. Il représente le mineur en justice et peut intenter en son nom toutes les actions mobilières et possessoires (arg., art. 1428, alin. 2, et art. 464, 465).

Il peut louer les biens du mineur, pourvu que les baux n'excèdent pas la durée de neuf années (art. 1718, 1429, 1430). Quelques auteurs soutiennent, à tort, que le tuteur ne peut passer des baux dont l'exécution ne devrait commencer qu'après la majorité du pupille ; car le renouvellement de bail, stipulé un certain temps à l'avance, est une règle de bonne et sage administration ; s'il fallait attendre l'expiration du bail avant d'en faire un autre, les biens seraient souvent improductifs pendant le temps employé à chercher un nouveau locataire ou fermier.

Le tuteur peut intéresser les *capitaux* du mineur dans une société commerciale, ou les y maintenir. (Cass. B., 30 avril 1852, B. J., t. 10, 833 ; P., 1852, 475.)

En **Belgique**, le tuteur peut continuer le commerce des parents du mineur, si le conseil de famille le juge utile, et sous les conditions qu'il détermine. La direction peut en être confiée à un administrateur spécial, sous la surveillance du tuteur. Le consentement du conseil de famille est toujours révocable. La délibération et la révocation du conseil de famille sont soumises à l'homologation du tribunal, dans la quinzaine. La délibération qui autorise à continuer le commerce sera exécutée immédiatement, et ne cessera ses effets que si l'homologation est refusée. La délibération révocatoire ne sera exécutée qu'après avoir été homologuée par le tribunal (loi du 15 décembre 1872, formant le nouveau code de commerce, art. 8). Cette disposilion nouvelle, on ne saurait se le dissimuler, peut donner lieu à des difficultés bien grandes et soulever des questions très-épineuses. Ainsi, si les opérations commerciales sont malheureuses et que le tuteur soit obligé de cesser les payements, y aura-t-il faillite? Et, en cas de solution affirmative de cette question, *qui* sera déclaré en

faillite? Sera-ce le mineur? C'est très-douteux. Sera-ce le tuteur ou l'administrateur spécial? Mais ils ne sont que mandataires, et personnellement ils ne sont pas insolvables.

734. Le tuteur peut-il aliéner des meubles ou valeurs incorporelles appartenant au mineur? Deux lois spéciales défendent aux tuteurs de faire, sans l'autorisation du conseil de famille, le transfert des inscriptions des rentes de 5 pour cent au-dessus de 50 francs de rente, ainsi que le transfert d'une action de la Banque de France (loi du 24 mars 1806; décret du 25 septembre 1813). Mais le code ne contient aucune disposition sur l'aliénation des créances ou rentes sur particuliers, ni des actions industrielles. De ce silence et de ce que le code ne restreint le pouvoir d'aliéner du tuteur que pour les immeubles, il faut conclure que les actes de disposition des valeurs mobilières sont considérés comme actes d'administration, que le tuteur a pouvoir de faire. (*Contrà*, Gand, 5 mai 1854, P. 1854, 310.)

Mais la vente des valeurs cotées à la Bourse ne peut pas avoir lieu au-dessous du cours du jour.

En **Belgique**, le tuteur peut, avec l'assistance du subrogé tuteur, transférer ou reconstituer en titres au porteur les inscriptions de rente n'excédant pas ensemble cinquante francs de revenu annuel (loi du 16 juin 1868 relative aux *modifications à apporter au service de la dette publique* et arrêté royal du même jour, art. 34).

Bien que la loi ne restreigne pas le pouvoir du tuteur de vendre les meubles incorporels, le tuteur, pour couvrir sa responsabilité, agira prudemment en ne faisant aucune aliénation de ce genre sans que le conseil de famille l'ait autorisée, en en déterminant la forme.

735. En **Belgique**, les règles qui précèdent continuent de régir l'administration du tuteur même depuis la publication de la loi du 16 décembre 1851, en l'absence d'une disposition contraire du conseil de famille (n° 730), sauf la modification qui suit : le tuteur, qu'il possède des immeubles ou non, ne peut, sans l'assistance du subrogé tuteur, recevoir le remboursement de capitaux non exigibles, ni de créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille; et le subrogé tuteur doit veiller à ce que les sommes remboursées soient immédiatement

versées dans une caisse publique, à moins que le conseil de famille n'autorise le tuteur, soit à en faire emploi, soit à les conserver et à les faire valoir; dans ce dernier cas, l'autorisation peut être subordonnée à une hypothèque à donner ou à un cautionnement à fournir par le tuteur (loi du 16 décembre 1851, art. 61).

2. DES ACTES POUR LESQUELS L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE EST NÉCESSAIRE.

736. 1° Pour accepter ou répudier une succession (art. 461). L'acte est important. La renonciation à la succession serait préjudiciable au mineur si l'actif excédait le passif; l'acceptation le serait aussi, si la succession était endettée.

L'acceptation doit avoir lieu sous bénéfice d'inventaire. Mais même avec cette modification, elle pourrait être préjudiciable si le mineur avait reçu du défunt, *sans dispense de rapport*, des choses d'une valeur supérieure à sa part dans la succession. Car, l'acceptation, même bénéficiaire, oblige au rapport (art. 843). De plus l'acceptation, même bénéficiaire, d'une succession obérée peut entraîner des frais.

Le mineur ne peut pas se faire restituer, pour cause de lésion, contre l'acceptation ou la répudiation de la succession régulièrement faite par ses représentants.

737. Mais, dans le cas où la succession répudiée au nom du mineur n'a pas été acceptée par un autre, elle peut être reprise, soit par le tuteur, autorisé à cet effet par une nouvelle délibéraiont du conseil de famille, soit par le mineur devenu majeur, mais dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise, et sans pouvoir attaquer les ventes et autres actes qui auraient été légalement faits durant la vacance (art. 462). Cette disposition est une application de la règle générale énoncée dans l'article 790, qui accorde le même droit à l'héritier majeur et capable. La raison de la différence de rédaction entre ces deux articles est que le droit même d'accepter la succession, lequel peut être exercé tant qu'il n'est pas prescrit, ne se prescrit pas contre le mineur (art. 2252). Mais l'article 2252 ne s'oppose pas à ce que la prescription coure au profit des débiteurs de la succession et des

détenteurs des biens héréditaires, pendant le temps qui s'écoule entre la renonciation primitive et la reprise de la succession; car cette prescription a pu courir contre la succession vacante, et le mineur doit l'accepter *dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise.* (Valette, *Explication sommaire*, p. 257-260.)

738. Les règles exposées au n°s 736 et 737 s'appliquent aussi aux legs universels et aux legs à titre universel. (Voy. art. 1003, 1010.)

739. 2° Pour accepter une donation faite au mineur, parce qu'une donation peut être grevée de charges, et parce qu'il peut y avoir des raisons de convenance qui commandent une délibération de la famille (art. 463). D'après l'ordonnance de 1731 (art. 7), le tuteur pouvait accepter une donation sans aucun avis de parents. Si le tuteur est *ascendant*, il peut, en cette qualité, accepter la donation sans l'autorisation du conseil de famille (art. 935, alin. 3). La donation dûment acceptée est irrévocable pour le mineur comme pour le majeur. Il ne peut réclamer sous prétexte de lésion (art. 463, alin. 2). Les donations par contrat de mariage sont exceptées de la règle qui précède; elles doivent être acceptées par le mineur lui-même, avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage (art. 1095, 1309, 1398). Les règles sur l'acceptation des donations s'appliquent aussi aux legs à titre particulier.

740. 3° Pour introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, et pour acquiescer à une demande relative aux mêmes droits (art. 464). Il peut, sans autorisation, *défendre* à une action immobilière et interjeter appel du jugement rendu sur une action semblable.

Le tiers peut refuser de plaider avec le tuteur non autorisé; mais s'il plaide, la nullité du jugement ne peut être opposée que par le mineur. Le jugement rendu contre un tuteur non autorisé ne peut pas être opposé au mineur.

L'autorisation du conseil de famille est nécessaire aussi lorsqu'il s'agit de demandes ou d'acquiescements relatifs à l'état du mineur (arg. art. 175, 182, 468). (Demolombe, t. VII, n° 694.)

741. 4° Pour intenter une action en partage, soit mobilier, soit immobilier, d'une succession, d'une société, d'une communauté entre époux ou de toute autre indivision. Car le partage

dans lequel le mineur est intéressé étant soumis à de nombreuses formalités, il peut être de son intérêt de retarder le partage jusqu'à sa majorité, pour éviter les frais. Le tuteur peut, sans autorisation du conseil de famille, répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur; parce qu'il ne peut pas l'éviter, nul n'étant tenu de rester dans l'indivision (art. 465, 815).

Pour obtenir, à l'égard du mineur, tout l'effet qu'il aurait entre majeurs, le partage doit être fait en justice, et précédé d'une estimation faite par experts nommés par le tribunal de première instance du lieu de l'ouverture de la succession. Les experts, après avoir prêté serment, divisent les héritages et forment les lots, qui doivent être tirés au sort en présence soit d'un membre du tribunal, soit d'un notaire par lui commis, lequel fait la délivrance des lots (art. 466).

En **Belgique**, l'article 466 du code a été modifié par l'article 9 de la loi du 12 juin 1816, d'après laquelle le partage des biens des mineurs doit se faire par le ministère d'un notaire devant le juge de paix du canton où la succession est ouverte, et en présence des tuteurs, des tuteurs spéciaux et subrogés des mineurs, ou des mineurs émancipés assistés de leurs curateurs. Les lots sont formés de commun accord par les intéressés majeurs et les tuteurs des mineurs. S'ils ne s'accordent pas ou si le juge de paix le trouve convenable dans l'intérêt des mineurs, il désigne un ou plusieurs experts, qui, après prestation de serment, forment les lots, lesquels seront, par devant le juge de paix, adjugés aux divers copartageants, soit par arrangement à l'amiable, soit par la voie du sort.

742. Tout partage intéressant le mineur et qui n'est pas fait conformément aux règles qui précèdent n'est considéré que comme *provisionnel* (art. 464, alin. 2; 840); c'est-à-dire que, dans ce cas, toutes les parties sont censées n'*avoir pas voulu faire* un partage qui porte sur la *pleine propriété*, mais sur une simple jouissance provisoire, qui doit prendre fin par l'effet du partage définitif. C'est un règlement essentiellement temporaire, n'ayant trait qu'aux fruits et aux revenus, et que le tuteur peut consentir à l'amiable, sans excéder les pouvoirs d'un administrateur. Chambéry, 9 février 1870, D. 70, 2, 188.)

Mais, dans la supposition que l'intention des parties a été de

faire un *partage définitif*, c'est-à-dire de la pleine propriété, et que le tuteur n'ait pas observé les formes prescrites pour les partages des biens de mineurs, le partage sera nul pour les derniers; ils ne seront pas liés, tandis que les majeurs seront liés envers les mineurs. (Valette sur Proudhon, t. II, p. 385-386.) Car les héritiers majeurs peuvent faire le partage dans telle forme qu'il leur plaît de choisir (art. 819). La nullité d'une convention conclue entre personnes capables de contracter et celles qui ne le sont pas, ne peut être opposée que par ces dernières (article 1125). (Lyon, 23 mai et cass. fr. 15 juillet 1868, D. 69, 2, 112 et 1, 373. Cass. fr. 12 janv. 1875, D. 76, 1, 317.)

743. 5° Pour faire le transfert d'une inscription nominale ou d'une promesse d'inscription d'une rente sur l'État d'un revenu de plus de 50 francs par an ou pour la reconstituer en titres au porteur, et pour le transfert d'une action de la Banque de France (loi du 24 mars 1806; décret du 25 septembre 1813; loi *belge* du 16 juin 1868 et arrêté royal du même jour, art. 35, v. *suprà*, n° 734.)

6° Pour prendre à ferme les biens du mineur. C'est le subrogé tuteur qui doit lui passer bail, avec l'autorisation du conseil de famille (art. 450, alin. 3).

3. DES ACTES QUI EXIGENT, OUTRE L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE, L'HOMOLOGATION DU TRIBUNAL.

744. Pour certains actes, la loi exige, à cause de leur importance, l'homologation ou l'approbation de la délibération du conseil de famille donnée par le tribunal, c'est-à-dire, par le tribunal du lieu où le conseil de famille doit se réunir, et non pas par celui de la situation des biens. Quand le conseil de famille a autorisé l'acte projeté, l'homologation de cette délibération doit être poursuivie par le tuteur ou par un autre membre du conseil de famille désigné à cet effet. Les membres dissidents peuvent s'opposer à l'homologation. Le tribunal commet un juge pour faire un rapport, et statue, le ministère public entendu, en chambre du conseil, afin de ne pas divulguer inutilement l'état des affaires du mineur.

Les jugements d'homologation sont susceptibles d'opposition et d'appel (art. 458 ; code de proc., 885-889).

Dans le cas où une décision du conseil de famille, qui n'a pas été prise à l'unanimité et qui a refusé l'autorisation, a été attaquée devant le tribunal, le jugement qui la réforme renferme alors en même temps l'homologation.

745. L'homologation est nécessaire pour emprunter pour le mineur, et aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles (art. 457). Elle est requise même pour faire un emprunt sans hypothèque. Le tribunal doit toujours examiner si les conditions de l'emprunt ne sont pas trop onéreuses.

Par aliénation il faut entendre tout transfert d'un droit immobilier ou toute renonciation à un semblable droit; ainsi, par exemple, la constitution d'une servitude, la renonciation à une hypothèque, la prorogation du délai pour exercer le réméré d'un bien acquis par le mineur avec cette clause. Dans tous les cas, le conseil de famille doit indiquer les immeubles qui doivent être vendus de préférence, et toutes les conditions qu'il juge utiles (art. 457, alin. 4).

Le conseil de famille doit aussi désigner les immeubles qu'il convient d'hypothéquer. Il est vrai que la loi ne le prescrit pas formellement; mais c'est parce qu'à l'époque où le titre de la *Tutelle* a été rédigé, on n'était pas encore fixé sur la nécessité de la spécialité de l'hypothèque conventionnelle.

746. L'article 457, alin. 2 et 3, prescrit les conditions sous lesquelles le conseil de famille peut autoriser le tuteur à emprunter pour le mineur, ou à aliéner ou hypothéquer ses immeubles. Il faut qu'il y ait *nécessité absolue* ou *avantage évident*. Il y a nécessité absolue lorsque les effets mobiliers et les revenus du mineur sont insuffisants, par exemple pour payer ses dettes exigibles, ou pour faire des réparations urgentes, ou pour procurer au mineur une éducation, une profession ou un établissement avantageux (arg., art. 1558). Cette insuffisance doit être constatée par un compte sommaire présenté par le tuteur. Il y a avantage évident, par exemple, si le mineur peut acquérir d'autres immeubles de la même valeur, mais d'un revenu plus considérable ou d'une administration plus facile.

747. La *vente* doit se faire publiquement, aux enchères et en présence du subrogé tuteur, conformément aux articles 954 à 965 du code de procédure civile (art. 459). Mais ces formalités ont

été changées, en **France** par la loi du 2 juin 1841 qui change les règles du code de procédure civile sur les *ventes judiciaires de biens immeubles*, en **Belgique** par la loi du 12 juin 1816.

En **Belgique**, le tribunal, dans le jugement d'homologation, désigne un notaire, par le ministère duquel la vente publique doit avoir lieu. Elle se fait en présence des tuteurs et des subrogés tuteurs, et par devant le juge de paix du canton où la succession est ouverte, ou devant celui d'un autre canton, par exemple de la situation des biens, si le tribunal l'ordonne. La vente doit se faire conformément à ce qui est usité dans les ventes publiques ordinaires des immeubles (art. 2, § 2-4; art. 3, § 2; art. 5, 8). Les juges de paix doivent veiller à ce qu'il ne se fasse, dans ces ventes, rien de préjudiciable aux intérêts des mineurs, et ils peuvent surseoir à la vente s'ils découvrent qu'il se pratique quelque chose de désavantageux à leurs intérêts (art. 7-8). Dans plusieurs localités de la **Belgique**, il est d'usage de stipuler, dans les ventes publiques d'immeubles, le bénéfice de paumée et d'enchères, c'est-à-dire de stipuler qu'une partie des enchères appartiendra aux surenchérisseurs. Des doutes se sont élevés sur la question de savoir si de semblables bénéfices peuvent être stipulés dans les ventes d'immeubles appartenant à des mineurs. Nous croyons, avec la jurisprudence, qu'en principe une semblable stipulation n'est pas *illégale*, alors surtout qu'elle est d'usage dans la contrée où la vente a lieu (arg., art. 8 de la loi du 12 juin 1816). (Brux., 7 et 28 mars 1877; Tournai, trib. civ., 15 mars 1878; B. J., t. 36, 781-783.) Mais nous pensons aussi, avec le tribunal de Tournai, que le juge peut ne pas autoriser une semblable stipulation lorsqu'il est convaincu qu'elle est contraire aux intérêts des mineurs.

La forme prescrite par la loi pour la vente des biens des mineurs est de rigueur, et les tribunaux ne peuvent pas autoriser que la vente se fasse dans une autre forme. (Gand, 6 juin 1872, P. 1872, 350.)

Les règles sur la *forme* de l'aliénation s'appliquent également aux biens du mineur qui se trouve encore sous la puissance paternelle, et dont le père est l'administrateur. (Liége, 8 décembre 1836.)

Lorsque des immeubles appartiennent en commun à des mi-

neurs et à des majeurs, et que les majeurs veulent procéder à la vente, ils peuvent, sans autorisation préalable du conseil de famille, s'adresser par requête au tribunal de première instance, à l'effet d'être autorisés à la vente. Le tribunal entend les tuteurs des intéressés mineurs et les conclusions du ministère public, et peut octroyer la demande ; dans ce cas, il désigne en même temps un notaire par le ministère duquel la vente doit se faire dans la même forme que lorsqu'elle est provoquée par le tuteur (C. civ., art. 460 ; loi du 12 juin 1816, art. 2, § 3.)

748. Les règles énoncées aux n[os] 744-747 ne sont pas applicables au cas où la vente des immeubles du mineur est requise par ses créanciers ou pour cause d'utilité publique. L'intérêt des mineurs est alors suffisamment garanti par les formes prescrites pour l'expropriation forcée. C'est ce qu'ont décidé, pour le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, Bruxelles, 22 mars 1826, trib. civ. d'Anvers, 29 nov. 1851, B. J., t. 10, 272. (En sens contraire, trib. civ. de Bruxelles, 19 déc. 1845, B. J., t. 5, 999.)

En **France**, la question est formellement décidée dans le sens indiqué par l'article 13 de la loi du 3 mai 1841 *sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*.

4. DES ACTES QUI EXIGENT DES FORMALITÉS PARTICULIÈRES, OUTRE L'HOMOLOGATION.

749. La transaction, qu'elle ait pour objet des droits mobiliers ou immobiliers, exige des formalités particulières. Le tuteur ne peut transiger au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi au tribunal de première instance. La transaction n'est valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal, le ministère public entendu (art. 467, 2045). Le motif de ces formalités particulières, c'est que toute transaction suppose que chaque contractant abandonne une partie de ses droits, sans rien recevoir en retour. C'est donc une aliénation partielle à titre gratuit.

Pour transiger, la loi exige l'homologation du tribunal et l'avis de trois jurisconsultes, tandis que, pour acquiescer à une demande immobilière dirigée contre le mineur, il suffit de l'autori-

sation du conseil de famille (art. 464). Cette multiplicité des garanties requises pour la transaction est une trace de l'ancienne législation. D'après l'ancien droit, les transactions faites au nom du mineur n'étaient valables qu'autant qu'elles lui *profitaient*, et que le pupille voulait s'en contenter, quand il était arrivé à sa majorité (*si hoc pupillo expediat*), de sorte que leur validité dépendait de la volonté future du pupille. C'est pourquoi on ne transigeait pas facilement avec les mineurs. « L'usage des transactions était peu praticable, » dit Berlier (discours au corps législatif, n° 15, Locré, VII, p. 238). Le législateur moderne a voulu leur donner plus de stabilité en les rendant définitives, mais en les entourant de beaucoup de garanties.

Le tuteur ne peut déférer à la partie adverse le serment litisdécisoire qu'après y avoir été autorisé de la même manière que pour transiger; car la délation de ce serment est une transaction.

5. DES ACTES QUE LE TUTEUR NE PEUT PAS FAIRE.

750. 1° Il ne peut pas disposer à titre gratuit des biens du mineur, à moins qu'il ne s'agisse de présents d'usage ou de légers dons rémunératoires.

2° Il ne peut pas compromettre, c'est-à-dire soumettre à des arbitres la décision d'une contestation concernant le mineur; car, devant le tribunal arbitral le ministère public n'est pas entendu (code de proc., art. 1004, 83).

3° Il ne peut pas acheter les biens du mineur, pas même par adjudication publique; car les intérêts du tuteur pourraient être en opposition avec ceux du pupille (art. 450, alin. 3, 1596). Toutefois, il peut acheter la propriété qu'il possède par indivis avec le mineur, lorsque la vente a lieu pour sortir d'indivision. Mais le mineur doit alors être représenté par un tuteur *ad hoc* (art. 838).

La prohibition d'acheter les biens du mineur ne s'étend pas au subrogé tuteur; mais elle s'applique au tuteur *ad hoc* et au protuteur (art. 417).

4° Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (art. 450, alin. 3). La cession est nulle, mais il n'y a pas déchéance de la créance, comme dans le cas de l'article 451. (V. *suprà*, n° 728, *b*.)

APPENDICE.

DE LA TUTELLE DES ENFANTS ADMIS DANS LES HOSPICES ET DES ENFANTS TROUVÉS ET DES ENFANTS ABANDONNÉS. (Loi des 15-25 pluviôse an XIII et décret du 19 janvier 1811.)

750 *bis*. En **France** et en **Belgique**, les enfants admis dans les hospices, à quelque titre et sous quelque dénomination que ce soit, donc aussi les enfants trouvés et les enfants abandonnés, seront sous la tutelle des *commissions administratives des hospices*, lesquelles désigneront un de leurs membres pour exercer, le cas avenant, les fonctions de tuteur, et les autres formeront le conseil de tutelle (loi des 15-25 pluviôse, art. 1).

Cette tutelle durera jusqu'à la majorité ou jusqu'à l'émancipation de l'enfant (art. 3).

Les commissions administratives des hospices jouiront, relativement à l'émancipation des mineurs qui sont sous leur tutelle, des droits attribués aux pères et mères par le code civil. L'émancipation sera faite, sur l'avis des membres de la commission administrative, par celui d'entre eux qui aura été désigné tuteur, et qui seul sera tenu de comparaître à cet effet devant le juge de paix (art. 4).

Si les enfants admis dans les hospices ont des biens, le receveur de l'hospice remplira, à cet égard, les mêmes fonctions que pour les biens des hospices. Toutefois les biens des administrateurs-tuteurs ne sont, à raison de leurs fonctions, passibles d'aucune hypothèque. La garantie de la tutelle résidera dans le cautionnement du receveur chargé de la manutention des deniers et de la gestion des biens. En cas d'émancipation, il remplira les fonctions de curateur (art. 5).

Ces règles sur la tutelle des enfants admis dans les hospices sont incomplètes et doivent être complétées par celles du code civil sur la tutelle des mineurs. Ainsi, ces deux lois ne parlent pas du subrogé tuteur. S'il y avait lieu, de faire pour l'enfant un acte, qui exigerait la présence du subrogé tuteur ou une délibération du conseil de famille, il faudrait préalablement procéder à la nomination d'un subrogé tuteur, et à la composition d'un con-

seil de famille selon le mode indiqué *suprà*, au n° 680. Car le *conseil de tutelle* dont parle l'article 1er de la loi des 15-25 pluviôse an XIII ne peut pas remplir les fonctions du conseil de famille; la loi ne les lui attribue pas. Ainsi, par exemple, si une succession ou une donation était déférée à l'enfant admis dans l'hospice, elle ne pourrait pas être acceptée avec l'autorisation de ce conseil de tutelle.

SECTION XI.

DE LA FIN DE LA TUTELLE ET DES COMPTES DE TUTELLE (art. 469-475).

I. DE LA FIN DE LA TUTELLE.

A. *De la tutelle proprement dite.*

751. La tutelle cesse d'une manière absolue et pour toujours : 1° par la mort du mineur; 2° par sa majorité; 3° par son émancipation, sauf l'article 486.

752. La tutelle prend fin d'une manière relative, c'est-à-dire dans la personne du tuteur : 1° par le décès du tuteur. La tutelle est une charge personnelle, qui ne passé point aux héritiers du tuteur, lesquels sont seulement responsables de la gestion de leur auteur. Mais, s'ils sont majeurs, ils sont tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur (art. 419); 2° s'il se trouve dans l'impossibilité de gérer la tutelle (n° 721); 3° pour cause d'incapacité (n° 722, n° 4); 4° par l'absence du tuteur (article 424, n° 267, 268); 5° par suite d'une destitution pour cause d'indignité (nos 722-724); 6° par une excuse survenue pendant la tutelle (nos 717, 718).

Dans tous ces cas, le subrogé tuteur doit, sous peine de dommages-intérêts, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur par le conseil de famille.

La tutelle cesse encore : 7° si la mère se remarie et que le conseil de famille ne lui conserve pas la tutelle (n° 695); 8° par l'établissement d'une tutelle officieuse (n° 644).

B. *De la cessation des fonctions de subrogé tuteur.*

753. Si la tutelle cesse d'une manière absolue, la subrogée tutelle cesse aussi. Si le tuteur est remplacé, le subrogé tuteur conserve ses fonctions, à moins que le nouveau tuteur n'ait été choisi dans la ligne à laquelle appartient le subrogé tuteur (nº 712). Les causes de cessation des fonctions du subrogé tuteur sont les mêmes que celles pour lesquelles cessent les fonctions de tuteur (nº 714).

II. DES COMPTES DE TUTELLE.

754. Tout tuteur, comme tout autre mandataire, est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit. Il ne peut pas être dispensé de rendre compte, pas même par le dernier mourant des père et mère qui l'aurait nommé (art. 469, 1993).

Mais le tuteur peut-il, par celui qui a fait au mineur un legs ou une donation, être dispensé de rendre compte des biens légués ou donnés? Il faut distinguer. Si le pupille est héritier à réserve, la dispense de rendre compte ne peut pas s'appliquer à la réserve. Le testateur ne peut en aucune manière diminuer ni charger le droit de l'héritier réservataire. Quant aux autres biens, ou si le légataire n'est pas réservataire, la clause portant que le tuteur ne sera pas tenu de rendre compte, ou qu'il recueillera, à titre de legs, ce dont il sera reliquataire, est valable, en ce sens qu'elle affranchit le tuteur de la responsabilité résultant de sa faute, mais non pas de celle résultant de son dol; autrement la clause serait comme un pacte *ne dolus præstetur*, qui est contraire aux bonnes mœurs (art. 6, 1133; fr. 1, § 7; D. *Depositi*, 16, 3; fr. 23, D. *De regulis juris*, 50, 17; fr. 27, § 4; D. *De pactis*, 2, 14).

***755**. Le compte doit être rendu à la fin de la gestion. Mais tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même *durant la tutelle*, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année. Ces états de situation doivent être rédigés et remis, sans frais, sur papier non

timbré, et sans aucune formalité de justice (art. 470). D'après la loi belge du 16 décembre 1851, article additionnel II, le conseil de famille peut exiger que le même compte *lui* soit rendu aux époques qu'il a fixées lors de l'ouverture de la tutelle.

Même les père ou mère tuteurs peuvent être obligés à fournir ces états dans des occasions spéciales, où le conseil de famille est appelé à autoriser certaines opérations, par exemple un emprunt.

Le compte définitif doit être rendu par le tuteur ou par ses héritiers. Il doit être rendu aussi par les personnes qui ont été temporairement chargées de la gestion (art. 394, 395, 419, 440).

756. Si la tutelle cesse par la majorité, le compte doit être rendu au pupille devenu majeur; si elle cesse par l'émancipation, à l'émancipé assisté de son curateur (art. 480); si elle cesse par la mort du mineur, à ses héritiers ou successeurs ; si elle cesse dans la personne du tuteur, le compte doit être rendu au nouveau tuteur, en présence du subrogé tuteur. Car ce compte remplace l'inventaire que le tuteur doit faire à son entrée en fonctions, inventaire auquel le subrogé tuteur doit assister (art. 451).

757. Le compte de tutelle peut être rendu judiciairement ou à l'amiable, quand même l'oyant compte serait encore mineur. Quelques jurisconsultes exigent, dans ce dernier cas, mais sans motifs, une reddition de compte judiciaire. Toutefois, le nouveau tuteur reçoit le compte sous sa responsabilité. Le compte sera rendu aux dépens du mineur, c'est-à-dire si le tuteur le rend *volontairement*. Dans tous les cas, le tuteur doit en avancer les frais (art. 471). Mais les frais de contestation, si le tuteur succombe, ou ceux faits pour le contraindre à la reddition de compte, sont à charge du tuteur.

Toutes les dépenses suffisamment justifiées sont allouées au tuteur. La loi ne prescrit aucun mode de justification. C'est donc une question de fait, abandonnée à l'appréciation du juge. S'il y a des contestations sur le compte de tutelle, elles doivent être portées devant le tribunal du lieu où la tutelle a été déférée, et elles sont poursuivies et jugées comme les autres contestations (art. 473). Les articles 527-542 du code de procédure civile s'appliquent alors à la reddition judiciaire du compte.

758. Par exception à l'article 1153, le tuteur doit les intérêts du reliquat de plein droit, sans demande, à partir du jour de la

clôture du compte (art. 474). Par application de l'article 1153, il les doit du jour de la *demande*, si le pupille a antérieurement demandé reddition de compte. Mais il n'est pas juste de dire que le tuteur soit en demeure de plein droit par la seule arrivée de la majorité, s'il ne procède pas immédiatement à la reddition de compte. (Haute cour des Pays-Bas, 26 novembre 1858, B. J., t. 17, 310.)

Si, dans le cas où le compte est rendu en justice, l'oyant compte fait défaut, le tuteur ne doit pas les intérêts (code de proc., art. 542).

La disposition de l'article 126, n° 2 du code de procédure, portant que le tuteur reliquataire peut être condamné à la restitution par la voie de la contrainte par corps a été abolie en **France** par la loi du 22 juillet 1867 et en **Belgique** par la loi du 27 juillet 1871, qui suppriment la contrainte par corps, sauf quelques exceptions. Le tuteur ne peut donc être condamné par corps que si le reliquat est le résultat d'un fait prévu par le code pénal.

Les intérêts de ce qui est dû au tuteur par le mineur ne courent que du jour de la sommation de payer qui a suivi la clôture du compte (art. 474). C'est aussi une dérogation à l'article 1153, qui exige une *demande* en justice pour faire courir les intérêts.

III. DE LA PRESCRIPTION DES ACTIONS ENTRE LE PUPILLE ET LE TUTEUR.

759. 1° Les actions du pupille contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrivent par dix ans, à compter de la majorité (art. 475). Anciennement ces actions duraient trente ans. Le motif de cette innovation, c'est que la tutelle est une charge onéreuse, dont il ne faut pas immodérément prolonger les embarras en obligeant le tuteur à conserver longtemps les pièces justificatives et les souvenirs de sa gestion. Les dix années commencent à courir à la majorité du pupille, ou à sa mort, si le compte doit être rendu à ses successeurs majeurs.

La prescription de dix ans ne s'applique qu'aux droits résultant pour le mineur des actes de gestion *de la tutelle;* elle ne s'applique pas aux autres droits que le pupille peut avoir contre le tuteur, abstraction faite de la tutelle. Elle n'a pas lieu à l'égard

des créances reconnues par le tuteur *postérieurement* à la tutelle, ni au reliquat, converti en obligation nouvelle par suite d'une novation (art. 2274, alin. 2).

L'action ne dure que dix ans, quand même elle aurait pour objet la rectification d'erreurs, omissions, faux ou doubles emplois dans le compte de tutelle; car ces erreurs dans le compte sont des faits de la tutelle.

760. 2° Les actions du tuteur contre le pupille sont soumises à la prescription ordinaire de trente ans. Suivant quelques jurisconsultes, elles sont soumises à la prescription de dix ans lorsqu'elles sont relatives à *la gestion de la tutelle,* par exemple si le pupille est débiteur du tuteur. Cette exception à la règle générale de l'article 2262 n'est pas fondée, et la raison de la loi qui fait prescrire par dix ans les actions contre le tuteur ne s'applique pas aux actions du tuteur contre le pupille.

IV. DES TRAITÉS ENTRE LE TUTEUR ET LE MINEUR DEVENU MAJEUR.

761. Tout traité qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur sera nul s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives; le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité (art. 472). La loi veut empêcher que le mineur, devenu majeur, dans le désir de jouir immédiatement de sa fortune, n'accepte trop légèrement et sans examen suffisant le compte de tutelle.

On entend ici par *traité* toute convention par laquelle le mineur, devenu majeur, tient le tuteur quitte de son compte de tutelle, soit moyennant une somme d'argent, soit par une aliénation ou promesse quelconque, quand même ce ne serait pas une transaction proprement dite. Mais il ne s'agit que de traités relatifs au compte de tutelle, et non pas de tout traité quelconque qui n'aurait aucun rapport à la gestion. (Cass. fr., 1er juin 1847, D. 1847, 1, 204.) Cela résulte de l'article 2045, alinéa 2, portant que le tuteur ne peut *transiger* avec le mineur, *sur le compte de tutelle,* que conformément à l'article 472, ainsi que de la disposition de l'article 472, qu'il faut interpréter *pro subjecta materia* (arg. de l'art. 907). Quelques auteurs l'entendent de tout contrat

quelconque entre le tuteur et le mineur. Mais il ne faut pas, sans une disposition formelle de la loi, étendre les dérogations aux principes généraux.

Le *récépissé* ne doit pas contenir une énumération complète de toutes les pièces justificatives. Il suffit qu'il constate que le compte a été rendu et que les pièces justificatives ont été remises. Il ne doit pas nécessairement avoir date certaine (1322); mais il est prudent de la lui donner.

La nullité du traité ne peut être opposée que par l'oyant compte, dans le délai de dix ans (art. 1125, 1304).

762. A partir de quel moment court la prescription de dix ans ? Suivant quelques jurisconsultes, elle court à partir du moment où le traité a été conclu, et non à partir de la majorité du pupille, parce qu'autrement la prescription aurait commencé avant que l'action qui en était l'objet fût née (art. 1304). Suivant d'autres, la prescription commence à partir du jour de la majorité; puisque, en la faisant commencer plus tard, on arriverait à ce résultat, que la durée de l'action relative aux faits de la tutelle dépasserait le délai de dix ans (art. 475). Mais si, indépendamment de la nullité résultant de l'inobservation de l'article 472, le traité était attaqué pour cause de dol, erreur ou violence, l'action durerait dix ans à partir de la découverte de ces vices (art. 1304, alin. 2).

La première opinion est juste. Car il serait contraire aux principes de laisser courir la prescription d'une action qui n'est pas encore née. Mais il ne faut pas confondre les effets *de la nullité du traité* avec les effets de la *prescription* de l'action résultant de la tutelle. Ces deux idées doivent être séparées. Si la nullité du traité était demandée *postérieurement à la prescription de l'action de la tutelle*, les parties seraient dans la même position que si le traité n'eût pas été conclu. De là découlent les conséquences suivantes :

1° Si le traité libère le tuteur, il restera libéré; l'action résultant de la tutelle étant prescrite, aucune réclamation ne pourra plus être intentée contre lui;

2° Si le tuteur se reconnaissait reliquataire, mais d'une somme inférieure à celle qu'il devrait réellement, le pupille n'aurait aucun intérêt à demander la nullité; au contraire, son intérêt serait

de maintenir le traité, puisque, en le faisant annuler, il ne pourrait plus rien exiger ;

3° Si le mineur s'était indûment reconnu débiteur envers le tuteur, il aurait un intérêt à demander la nullité du traité. L'effet du traité serait détruit, et si alors le tuteur voulait faire valoir des prétentions contre le pupille, il devrait les prouver, et le pupille pourrait lui opposer toutes les *exceptions* résultant de la gestion. *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

CHAPITRE III.

DE L'ÉMANCIPATION. (Art. 476-487.)

I. NOTION. ESPÈCES. CONDITIONS REQUISES.

763. L'émancipation est un acte juridique par lequel le mineur est affranchi de la puissance paternelle, ou de l'autorité tutélaire. Elle n'offre pas d'analogie avec l'émancipation romaine. Le législateur a suivi, en cette matière, plutôt le droit coutumier et l'édit des tutelles de 1732, publié pour la Bretagne. La considération qui l'a guidé, c'est la *capacité* suffisante pour administrer ses biens et toucher ses revenus, que le mineur peut avoir avant l'âge de vingt et un ans. (Exposé de motifs, n° 20, Locré, VII, 241.)

764. L'émancipation est *tacite* ou *expresse*.

765. L'émancipation *tacite* est celle qui s'opère de plein droit par le mariage du mineur (art. 476). « Enfants mariés sont tenus pour hors de pain et pot, » c'est-à-dire émancipés ; ou « feu et lieu font mancipation », disait l'adage coutumier. (Loysel, *Inst. cout.*, n°s 56, 109.) Cet effet du mariage ne peut pas être modifié par des conventions particulières ; il subsiste après la dissolution du mariage ; mais il cesse si le mariage est déclaré nul. L'émancipation a lieu à quelque âge que le mariage ait été contracté.

766. Le mineur, même non marié, peut être émancipé d'une manière *expresse* par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il a atteint l'âge de quinze ans révolus. Cette émancipation

s'opère par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier. Le mineur resté sans père ni mère peut aussi être émancipé expressément, si le conseil de famille l'en juge capable. En ce cas, l'émancipation résulte de la délibération qui l'autorise, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, a faite dans le même acte, *que le mineur est émancipé* (art. 477-478). Cette dernière émancipation peut avoir lieu seulement lorsque le mineur a l'âge de dix-huit ans accomplis, parce qu'autrement il y aurait à craindre qu'un tuteur, pour se décharger du poids de la tutelle, ne persuade au conseil de famille que son pupille possède une capacité précoce, et que l'émancipation ne tourne à son préjudice.

Lorsque le tuteur n'a fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur âgé de plus de dix-huit ans et resté sans père ni mère, et qu'un ou plusieurs parents ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le jugent capable d'être émancipé, ils peuvent requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille pour délibérer à ce sujet. Le juge de paix doit déférer à cette réquisition (art. 479). Cette disposition ne s'applique pas au mineur qui a encore ses père ou mère, à moins que tous deux ou le survivant d'eux ne soient dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

Dans aucun cas, il n'est nécessaire que le mineur consente à l'émancipation.

L'émancipation ne peut avoir lieu par testament.

767. Le droit d'émanciper dérive de la puissance paternelle; il appartient donc à ceux qui exercent cette puissance. De là les conséquences suivantes :

1° Du vivant des père et mère, le père a le droit d'émanciper. La mère peut émanciper, dans le cas où le père est déchu de la puissance paternelle (n° 651). Il en est de même si le père est absent ou interdit. Car, dans ce cas, la mère peut consentir au mariage, donc à l'émancipation tacite; elle doit donc aussi pouvoir, à plus forte raison, consentir à l'émancipation expresse. De plus, l'intérêt de l'enfant demande que la mère ait cette faculté (Valette, *Explicat. somm.*, p. 305-308);

2° Si le père ou la mère est décédé, le survivant des époux a le droit d'émanciper, quand même il n'aurait pas la tutelle, soit

par suite d'une excuse légale, soit par suite d'une destitution ou exclusion, ou parce que la mère s'est remariée. Quelques auteurs refusent le droit d'émanciper au père exclu ou destitué, ou à la mère non maintenue en tutelle; mais sans motif suffisant, car ces causes ne font pas perdre la puissance paternelle;

3° Si les père et mère sont décédés, le conseil de famille peut émanciper le mineur, sans qu'il soit nécessaire de lui nommer préalablement un tuteur (n° 766).

Le père, ou, à défaut de père, la mère d'un enfant naturel reconnu peut l'émanciper (n° 664).

II. DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION.

768. L'émancipation fait cesser la tutelle ou la puissance paternelle et rend le mineur capable d'administrer ses biens et de toucher ses revenus; mais elle ne le relève pas de *toute* incapacité. Pour certains actes importants, il a besoin de l'assistance d'un curateur, ou même de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal.

Le mineur émancipé n'est pas *représenté* par son curateur; *il agit en personne,* sous l'*assistance* du curateur; tandis que le mineur non émancipé est *représenté* par son tuteur.

769. Le mineur émancipé doit être muni d'un *curateur.* Le curateur est général et non spécialement nommé pour chacun des actes dans lesquels son assistance est nécessaire, excepté dans les cas où l'intérêt du curateur ordinaire est en opposition avec celui du mineur; par exemple, si la curatelle est confiée à l'ancien tuteur, il faut un curateur *ad hoc* pour assister le mineur dans la réception du compte de tutelle.

770. Le curateur doit être nommé par le conseil de famille (art. 480). La loi n'impose à personne l'obligation d'accepter la curatelle. Elle n'établit pas non plus une curatelle légale. Le projet soumis à la discussion portait que les fonctions de curateur seraient remplies par celui qui était tuteur. Cette disposition a été supprimée, sur la proposition de Cambacérès. (Locré, VII, 146, 194.) La seule curatelle légale que l'on puisse admettre est celle du mari sur sa femme mineure. (Cass. fr., 4 fév. 1868, D. 1868, 1, 393.) Elle existait dans l'ancien droit, que l'article 2208,

alinéa 3, confirme implicitement en ordonnant qu'en cas de minorité de la femme, l'expropriation de ses immeubles personnels se poursuivra contre elle et *son mari*, et que, si son mari refuse de procéder avec elle, il sera nommé par le tribunal un tuteur (c'est-à-dire un *curateur*) à la femme. (Loi *belge* du 15 août 1854, art. 3).

A. *Des actes que l'émancipé peut faire seul.*

771. En règle générale, il peut faire seul tous les actes qui ne sont que de pure administration. Ainsi il peut passer des baux dont la durée n'excède pas neuf ans, aliéner son mobilier, recevoir ses revenus et en donner décharge, tels qu'intérêts, arrérages, loyer, le prix de la vente des récoltes. Il peut faire tous les actes conservatoires, et toutes les dépenses nécessaires pour l'entretien de ses propriétés, pour la production des fruits, pour l'exercice de sa profession ainsi que pour son entretien personnel (art. 481, 484). Il peut ester en jugement, tant en demandant qu'en défendant, sur toutes les actions possessoires et sur toutes les actions mobilières, non-seulement sur celles qui concernent ses revenus, mais aussi sur celles qui concernent les capitaux qui lui sont dus (arg., art. 482, 1428). (Valette, *Explic. somm.*, p. 316-318; sur l'action en nullité du mariage, voy. n° 349.) Il peut faire des acquisitions de meubles et d'immeubles, sauf réduction en cas d'excès (art. 484). Mais il ne peut ni emprunter ni hypothéquer, pas même pour les actes qui sont dans les limites de sa capacité (art. 2124, 2126; loi belge du 16 déc. 1851, art. 73, 75). Il peut transiger sur les objets d'administration qui lui sont confiés, et sur ceux dont il a la disposition. (Exposé de motifs du titre des *Transactions*, n° 3; Locré, XV, 417.)

Le mineur émancipé n'est restituable contre les actes qu'il a faits seul et qu'il est capable de faire, que dans les cas où le majeur serait restituable (art. 481).

B. *Des actes que le mineur émancipé ne peut pas faire seul.*

772. Les actes que le mineur émancipé ne peut pas faire seul doivent être divisés en deux catégories. Quelques-uns de ces actes peuvent être faits par le mineur *assisté de son curateur;* la

loi les détermine. Quant aux autres actes, c'est-à-dire ceux que le mineur émancipé ne peut faire seul ni avec l'assistance de son curateur, il est soumis à toutes les formes et à toutes les règles prescrites au mineur non émancipé (art. 483, 484, alin. 1). (Cass. fr., 4 fév. 1868, D. 1868, 1, 393).

773. Le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur pour les actes suivants :

1° Pour recevoir le compte de tutelle (art. 480) ;

2° Pour recevoir et donner décharge d'un capital mobilier (article 482). Cette disposition s'applique non-seulement aux capitaux qu'il possède au moment de l'émancipation, mais aussi à ceux qu'il a formés plus tard par ses épargnes. La loi ne distingue pas. Le mot *mobilier* est inutile, parce que tous les capitaux sont mobiliers. Mais la présence de ce mot ici s'explique, parce que quand l'article 482 fut discuté, l'article 529, qui déclare mobiliers tous les capitaux et toutes les rentes, n'était pas encore adopté.

Le curateur doit surveiller l'emploi du capital reçu, et il est responsable de cet emploi ; mais le débiteur qui a payé régulièrement n'est pas responsable de l'emploi ;

3° Pour intenter une action immobilière ou pour y défendre (art. 482). Il faut en dire autant d'une action relative à l'état du mineur (voy. n° 740). Ce dernier point est controversé ;

4° Pour faire le partage d'une succession, société ou communauté, ou pour provoquer une action à cet effet (art. 840, 1872, 1476) ;

5° Pour accepter une donation (art. 935, alin. 2) ;

6° Pour transférer une inscription de rente sur l'État de 50 francs de rente annuelle et au-dessous (loi du 24 mars 1806, art. 2), et pour transférer une seule action de la Banque de France (décret du 25 septembre 1813 ; loi belge du 16 juin 1868 et arrêté royal du même jour, art. 34). Il peut seul aliéner des créances ou rentes sur des particuliers, ou des valeurs industrielles, mais il ne peut en recevoir le prix sans l'assistance de son curateur. (*Suprà*, n° 734 et art. 482.)

774. Quant aux effets des actes faits par le mineur émancipé en dehors de sa capacité, il faut distinguer :

1° Il peut être restitué *pour cause de lésion* contre tous les actes

qu'il a faits *sans* l'assistance de son curateur, dans les cas où cette assistance était nécessaire.

2° Les actes pour lesquels la loi requiert des formalités particulières (autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal), et qui ont été faits sans l'observation de ces formalités, sont nuls, quand même il n'y aurait pas de lésion (art. 1305, 1311). (Voy. au t. II, nos 275-279.)

775. Il y a des règles particulières pour le mineur commerçant.

Pour que le mineur puisse faire le commerce, il faut qu'il soit émancipé et âgé de dix-huit ans accomplis, et, en outre, qu'il y ait été autorisé préalablement par son père, ou par sa mère en cas de décès, interdiction ou absence du père; ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal civil; il faut aussi que l'acte d'autorisation ait été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile (code de comm., art. 2).

Le mineur émancipé qui fait un commerce est réputé *majeur* pour les faits *relatifs à ce commerce*, et il n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de ce commerce (art. 487, 1308; code de comm., art. 6). Il peut même engager et hypothéquer ses immeubles pour les mêmes obligations, sans être soumis à d'autres formalités que le majeur; mais, pour les *aliéner*, il doit suivre toutes les formalités prescrites pour la vente des immeubles du mineur non commerçant (code de comm., art. 6 et 7). Tous les billets souscrits par le mineur commerçant sont censés faits pour son commerce (code de comm., art. 638, alin. 2).

Il peut aussi transiger et compromettre sur les droits relatifs à ce commerce; car il est réputé *majeur* à cet égard.

En **Belgique**, le mineur émancipé ne peut faire le commerce, ni être réputé majeur quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, si l'acte d'autorisation émané du père, de la mère ou du conseil de famille n'a été transmis en expédition, dans le mois de sa date, au greffe du tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile, ou, à défaut de tribunal de commerce, au greffe du tribunal civil, pour y être transcrit dans un registre tenu à cet effet.

Le registre, suivi d'une table alphabétique, sera communiqué sans frais à toute personne qui en fera la demande.

L'autorisation du père ou de la mère est accordée par une déclaration faite devant le juge de paix, ou devant notaire, ou devant le greffier du tribunal de commerce; le juge de paix ou le notaire qui aura reçu la déclaration sera tenu d'en remettre expédition, dans le mois de sa date, au greffe du tribunal de commerce, sous peine de vingt-six à cent francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion (loi du 15 décembre 1872, art. 4 et 13, formant le nouveau code de commerce belge).

Le père, la mère ou le conseil de famille qui a accordé l'autorisation peut en demander le *retrait* par requête adressée au président du tribunal civil du domicile du mineur, qui rendra ordonnance portant permission de citer le mineur, à jour indiqué, à la chambre du conseil, pour y proposer ses observations. Le mineur entendu ou faute, par lui, de se présenter, il sera rendu, sur les conclusions du ministère public, jugement qui statuera sur la demande de retrait.

Un extrait du jugement autorisant le retrait sera transmis, dans le délai d'un mois, au greffe du tribunal de commerce, pour y être transcrit dans le registre mentionné ci-dessus dans l'article 4 (même loi, art. 5).

C. *De la réductibilité des obligations.*

776. Lorsque le mineur émancipé a, même dans les limites de sa capacité, *contracté des obligations* par voie d'achat ou autrement, par exemple par le louage de services, de maisons ou de meubles, elles sont réductibles en cas d'excès. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire ; ils doivent prendre en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses (art. 484, alin. 2). Cette disposition ne s'applique pas aux actes d'*administration* qui, quoique préjudiciables au mineur, ne lui imposent pas des *obligations*, par exemple, aux ventes de sa récolte ou aux locations de ses propriétés faites à vil prix.

L'action en *réduction* se distingue de l'action en *rescision* ou en *nullité* des actes faits en dehors de la capacité du mineur, d'abord en ce que, pour intenter cette dernière, il suffit que le mineur prouve la *lésion*, tandis que toute lésion ou tout excès quelconque ne suffit pas pour donner lieu à la première ; ensuite, en ce que par la seconde il obtient la *nullité* complète, par la première seulement une *réduction* de ses obligations.

777. Par qui la réduction peut-elle être demandée? Incontestablement par le mineur lui-même. C'est une action mobilière (n° 771). Mais s'il ne veut pas, peut-elle être demandée par son curateur? Non, la loi ne le dit pas, et le curateur n'a d'autre mission que de compléter la capacité du mineur. La loi laisse ici une lacune que la doctrine doit combler. Il faut admettre, dans l'intérêt du mineur lui-même, que ceux qui ont le droit de révoquer l'émancipation, c'est-à-dire le père, la mère, ou le conseil de famille, ont aussi le droit de demander la réduction. (Demolombe, VIII, nos 347, 348.) La manière dont s'exprime Berlier, exposé des motifs, n° 25, et Leroy, discours au corps législatif, n° 14, à la fin, confirment cette interprétation. (Locré, VII, 243, 281.)

III. COMMENT FINIT L'ÉMANCIPATION.

778. L'émancipation finit : 1° par la mort du mineur ; 2° par sa majorité ; 3° par la révocation, laquelle *peut* avoir lieu dans le cas où les engagements du mineur ont été réduits pour excès (art. 485 et n° 776). La révocation doit se faire suivant les formes qui seraient requises pour conférer l'émancipation si elle avait lieu au moment où on la révoque, et par les personnes qui auraient alors le droit de la conférer. De là il résulte que l'émancipation qui a lieu de plein droit par le mariage ne peut pas être retirée au mineur. Elle est une suite nécessaire de l'état de père de famille.

779. Après la révocation de l'émancipation, le mineur rentre en tutelle ou sous la puissance paternelle, et il y reste jusqu'à sa majorité accomplie (art. 486). Il ne peut donc plus être émancipé, excepté par le mariage. Suivant quelques jurisconsultes, la tutelle est, dans ce cas, toujours dative. Mais il n'y a aucune raison de

s'écarter ici des règles établies par la loi sur la délation de la tutelle. (Toullier, n° 1303.) Si le mineur avait un tuteur avant son émancipation, ce dernier reprend ses fonctions. Si l'on admettait l'opinion contraire, l'émancipation pourrait être un moyen de se décharger de la tutelle, afin de la remplacer par la tutelle dative.

La révocation de l'émancipation ne fait pas revivre l'usufruit légal (n° 661 2°). Toutefois ce point est controversé.

TITRE XI.

DE LA MAJORITÉ, DE L'INTERDICTION ET DU CONSEIL JUDICIAIRE (Art. 488-515.)

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ.

780. La majorité est fixée à vingt et un ans accomplis (article 488 et n° 667); à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction relative au mariage (n°s 280, 281, 296, 297).

CHAPITRE II.

DE L'INTERDICTION.

I. NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

781. Le terme *interdiction* désigne tantôt l'*acte* par lequel la justice prive l'homme de l'exercice de ses droits civils; tantôt l'*état même* dans lequel se trouve l'interdit.

782. A Rome, déjà d'après la loi des XII Tables, les furieux

(*furiosi*) et les prodigues devaient être privés de l'administration de leurs biens et placés sous la puissance de leurs agnats (*legitima curatio*), ou, à défaut d'agnats, d'un curateur à nommer par un magistrat. Ces personnes, incapables d'avoir une volonté rationnelle, étaient absolument incapables d'agir, et le curateur agissait *pour* elles ; il les représentait. Toutefois, le furieux pouvait agir pendant un intervalle lucide, parce qu'alors la raison de son incapacité cessait, et le prodigue pouvait faire les actes qui amélioraient sa position. La loi des XII Tables ne parle que des furieux et des prodigues. Elle fut dans la suite étendue à tous ceux qui n'étaient pas en état de gérer eux-mêmes leurs affaires (*qui rebus suis superesse non possunt*), pour cause de faiblesse d'esprit (imbécillité) ou de défauts physiques, par exemple aux sourds-muets. Ces personnes aussi pouvaient être placées sous curatelle par le magistrat. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 357, nos 2, 3, 4.)

783. Le droit romain continuait d'être la base de l'ancienne jurisprudence française, qui admettait aussi l'interdiction et la mise sous curatelle des déments, des sourds-muets et des prodigues. Cependant les magistrats ne prononçaient ordinairement pas l'interdiction des sourds-muets qui savaient lire et écrire et pouvaient ainsi manifester leur volonté.

Les lois et la jurisprudence avaient ajouté à ces cas d'interdiction. Ainsi l'ordonnance de Blois de 1579 permettait même d'interdire la veuve qui, ayant des enfants d'un précédent mariage, se remariait follement avec un homme *vil par lui-même ou d'un état abject*. On admettait en outre des interdictions partielles, dont l'effet était d'enlever à un citoyen, à l'égard de certains droits déterminés par le juge, la faculté d'agir sans conseil, par exemple en lui défendant ou de se marier, ou d'intenter un procès, ou de vendre un fonds sans l'avis d'un conseil. Cette interdiction partielle offre quelque analogie avec la mise sous conseil introduite par le code. La plupart des parlements admettaient même l'interdiction *volontaire*, soit lorsqu'un individu, se reconnaissant incapable, demandait lui-même à être interdit, soit lorsque, par suite d'une convention, il s'était volontairement obligé à se soumettre à l'interdiction.

L'ordonnance de 1629 introduisit la *publicité* à l'égard des tiers, en déclarant que les sentences d'interdiction seraient affi-

chées aux greffes des juridictions ordinaires et publiées en jugement, à peine de nullité à l'égard des tiers. Le Châtelet de Paris exigea même que la sentence fût signifiée aux 120 notaires de son ressort. (Dalloz, *Nouv. Répert.*, v° *Interdiction*, n°s 12-15.)

784. La législation intermédiaire n'a rien changé en cette matière. Un décret de la Convention du 2 septembre 1793 chargea le comité de législation d'examiner s'il y avait lieu d'abolir les interdictions prononcées pour cause de prodigalité, et, en cas d'affirmative, de fixer les conséquences de cette abolition. Mais l'abolition ne fut pas prononcée. L'article 13, n° 1, du titre II de la constitution du 5 fructidor an III, porte : « L'exercice des droits de citoyen est suspendu : 1° par l'interdiction judiciaire pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité, » sans parler de la prodigalité, et l'on en a conclu que l'interdiction pour cette cause avait été abrogée. C'était une question controversée.

Les auteurs du code ont déterminé les causes de l'interdiction ; la prodigalité ne peut plus donner lieu à l'interdiction, mais seulement à la mise sous conseil judiciaire.

II. CONDITIONS REQUISES POUR L'INTERDICTION.

A. *Des personnes qui peuvent être interdites, ou des causes de l'interdiction.*

785. Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides (art. 489). Ces trois termes : *imbécillité, démence* et *fureur*, comprennent toutes les espèces de maladies mentales. Mais pour donner lieu à l'interdiction, il faut que l'état d'aliénation mentale soit *habituel*, et qu'elle ne se manifeste pas seulement par des actes isolés ou extraordinaires; « que la raison ne soit plus qu'un accident dans la vie de l'homme », comme dit l'exposé des motifs, n° 3 (Locré, VII, 352). Il faut aussi que l'absence de raison soit relative aux affaires ordinaires de la vie civile. Des idées spéculatives extraordinaires en dehors des affaires ne peuvent pas motiver l'interdiction.

786. Le texte de la loi ne parle que de l'interdiction du *majeur*. Mais le *mineur*, qui se trouve encore sous la puissance pa-

ternelle ou sous la tutelle, peut aussi être interdit. Pour l'opinion contraire, on invoque, outre le texte de la loi, l'absence d'intérêt, puisque le mineur a déjà un tuteur ou est placé sous la puissance paternelle. Mais le texte de la loi n'est qu'énonciatif. Les articles 174 et 175 prouvent que le mineur peut être interdit, puisque le tuteur ne peut faire opposition au mariage du mineur pour cause de démence, *qu'à la charge de provoquer son interdiction*. Le motif tiré de l'absence d'intérêt ne peut jamais s'appliquer au mineur émancipé par le mariage, lequel n'a plus et ne peut plus avoir de tuteur. Il n'est pas fondé non plus en ce qui concerne le mineur non émancipé. Car, d'abord, l'incapacité du mineur et celle de l'interdit diffèrent (voy. *infrà*, n° 798). Puis, dans l'intervalle qui devrait nécessairement s'écouler entre la majorité et le jugement d'interdiction, le dément pourrait ratifier des actes préjudiciables à ses intérêts, passés en minorité. Il faut donc admettre que le mineur aussi peut être interdit. (Bruxelles, 17 décembre 1850, B. J., t. 9, 3; P. 1852, 7; Bourges, 22 déc. 1862; aud. solen., D. 1863, 5, 218 ; Demolombe, VIII, 440-442).

B. *Qui a le droit de provoquer l'interdiction?*

787. 1° Tout parent peut provoquer l'interdiction de son parent (art. 490), peu importe qu'il soit son héritier présomptif ou non. Les enfants peuvent provoquer l'interdiction de leur père ou mère; cette demande, fondée sur l'intérêt du dément, n'est pas injurieuse. Si le dément a des parents mineurs, leur tuteur est recevable à demander l'interdiction de leur parent dément. Le subrogé tuteur peut demander, au nom des enfants mineurs, l'interdiction du père, leur tuteur légal. (Cass. fr., 9 fév. 1863; D. 1863, 1, 279; Cass. fr., 20 janv. 1875, D. 1876, 1, 28-29.)

2° L'époux peut provoquer l'interdiction de son conjoint (article 490), c'est-à-dire tant que le mariage subsiste, donc encore après la séparation de corps ; mais après le divorce il ne le peut plus.

3° Le ministère public. Il faut distinguer :

a. En cas de *fureur*, le ministère public *doit provoquer* l'interdiction, si elle n'est pas poursuivie par l'époux ni par les parents. Car le furieux peut devenir dangereux pour la sûreté publique.

b. En cas d'imbécillité ou de démence, le ministère public ne peut pas provoquer l'interdiction si le dément a des parents connus ou s'il est marié. La sûreté publique n'est pas compromise, et le zèle indiscret du ministère public, intervenant dans les affaires privées, deviendrait plutôt nuisible qu'utile. Mais si le dément n'a ni époux ni parents connus, le ministère public peut provoquer son interdiction (art. 491). Les alliés ne peuvent pas demander l'interdiction, et nul ne peut provoquer sa propre interdiction. Dans le projet primitif du code, il y avait un chapitre intitulé : *du Conseil volontaire*, d'après lequel un individu pouvait demander qu'il lui fût nommé un conseil judiciaire; ce chapitre a été retranché. (Merlin, *Rép.*, v° *Interdiction,* § 3, n° 3.)

C. *De la procédure à suivre* (art. 492-501 ; code de procédure, art. 890-897).

788. Toute demande en interdiction doit être portée devant le tribunal civil du domicile de celui dont l'interdiction est provoquée.

La procédure commence par une requête présentée au président du tribunal, dans laquelle les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur doivent être articulés; on doit y joindre les pièces justificatives et indiquer les témoins. La requête est communiquée au ministère public, et le président commet un juge pour faire son rapport à un jour indiqué. Si les faits ne sont pas pertinents, la demande doit être rejetée. S'ils sont pertinents, le tribunal doit ordonner la convocation d'un conseil de famille, formé selon le mode déterminé pour les mineurs, et qui doit donner son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée (articles 492-494 ; code de proc., art. 890-892).

789. Ceux qui ont *provoqué* l'interdiction ne peuvent *faire partie* du conseil de famille; cependant, l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction est provoquée peuvent y être admis, mais sans y avoir voix *délibérative*. Ils peuvent simplement émettre leur opinion. L'époux et les enfants de la personne dont l'interdiction est provoquée, s'ils n'ont pas *eux-mêmes* demandé l'interdiction, ont voix *délibérative* au conseil de famille, conformément à la règle générale (art. 495, 407). Sui-

vant quelques jurisconsultes, par exemple Toullier, n° 1322, l'époux et les enfants n'ont jamais voix délibérative, quand même ils ne seraient pas demandeurs en interdiction. Cette opinion est erronée; car la loi leur donne même le droit de provoquer l'interdiction, et il y aurait bien plus d'inconvénient à ce que des parents d'un degré plus éloigné, ou même des alliés, pussent, à l'exclusion des enfants ou de l'époux, délibérer seuls sur l'interdiction.

790. La requête en interdiction et l'avis du conseil de famille doivent être signifiés au défendeur. Mais l'avis, même unanime, ne lie pas le tribunal. (Brux., 4 mars 1867, B. J., t. 26, 428.) Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal doit interroger le défendeur en personne à la chambre du conseil; s'il ne peut s'y présenter, il sera interrogé dans sa demeure par l'un des juges à ce commis, assisté du greffier. Cet interrogatoire ne peut être confié à un juge de paix. (Dijon, 15 septembre 1877; D. 1878, 2, 39.) Dans tous les cas, le procureur du roi doit être présent à l'interrogatoire. Le tribunal peut ordonner plusieurs interrogatoires, parce qu'il est possible que, pendant le premier, le défendeur ait été dans un intervalle plus ou moins lucide.

L'omission de l'interrogatoire n'est pas une cause de nullité lorsque le défendeur a refusé de comparaître. (Cass. fr., 29 avril et 4 déc. 1868; D. 1869, 1, 229, 188.) Mais le tribunal doit constater que le défendeur a pu et n'a pas voulu se présenter. Si le tribunal s'était borné à constater le défaut de comparution, sans constater qu'elle était possible, le jugement d'interdiction serait nul. (Cass. fr., 9 mai 1860, D., 1860, 1, 214.)

Après le premier interrogatoire, le tribunal peut commettre, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur pendant la durée de l'instance en interdiction (art. 496, 497). La nomination de l'administrateur provisoire doit avoir lieu en chambre de conseil, et non en audience publique. (Cass. fr., 6 et 9 février 1856, D., 1856, 1, 71 et 75.) Cet administrateur n'est pas un tuteur; ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale; il ne peut, en règle générale, faire que des actes conservatoires ou urgents, sauf au tribunal à déterminer ses attributions.

Si le tribunal ne peut pas former sa conviction d'après les

pièces produites et l'interrogatoire, il peut ordonner une enquête.

791. Le jugement sur une demande en interdiction doit être rendu en audience publique, les parties entendues ou appelées (art. 498). Il doit être précédé des conclusions du ministère public (art. 515). En cas d'appel, la cour peut de nouveau interroger le défendeur ou le faire interroger par un commissaire (art. 500). Tout jugement ou arrêt portant interdiction doit, à la diligence du demandeur, être levé, signifié à partie et inscrit dans les dix jours sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire et dans les études des notaires de l'arrondissement, afin que les tiers soient avertis de l'incapacité de l'interdit. A cet effet un extrait du jugement doit être remis au secrétaire de la chambre des notaires, qui en donne récépissé et doit le communiquer à ses collègues. (Tarif du 16 février 1807, liv. II, tit. II, chap. II, § 8, art. 92, n° 34.) Les notaires qui ne tiennent pas ces tableaux peuvent être condamnés aux dommages-intérêts envers les parties lésées. (Loi du 25 ventôse an XI, art. 18.) Lorsque le tribunal a prononcé l'interdiction sur la poursuite du ministère public, il suffit de notifier le jugement au président de la chambre des notaires, pour qu'il en donne connaissance aux autres notaires de l'arrondissement. (Décision ministérielle du 16 juillet 1806.) Mais quand même ces formalités ne seraient pas accomplies, l'interdiction n'en aurait pas moins son effet à partir du jour du jugement et avant l'expiration des dix jours (art. 501, 502).

792. En rejetant la demande en interdiction, le tribunal peut néanmoins, si les circonstances l'exigent, nommer d'office un conseil judiciaire au défendeur, peu importe que l'interdiction ait été provoquée par un parent, par le conjoint ou par le ministère public (art. 499, et *infrà*, n° 812).

III. DES EFFETS DE L'INTERDICTION.

A. *En ce qui concerne la tutelle.*

793. L'interdit doit être pourvu d'un tuteur ; il est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens (art. 509, 505). Si l'interdit est mineur et pourvu d'un tuteur, il n'est pas nécessaire

de lui en nommer un autre. (Exposé des motifs, n° 9, Locré, VII, 355.) Toutefois le tuteur du mineur peut demander son remplacement lors de la majorité.

L'appel du jugement d'interdiction est suspensif; il ne peut pas être procédé à la nomination du tuteur avant que la cour ait confirmé le jugement; l'exécution provisoire des jugements ne peut pas être ordonnée en cette matière. (Bruxelles, 5 mai 1851, B. J., t. 10, 153, P., 1852, 54.) D'ailleurs le tribunal peut, en cas de nécessité, nommer un administrateur provisoire (n° 790).

La nomination du tuteur doit être poursuivie par celui qui a provoqué l'interdiction.

Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits, sauf quelques modifications relatives à la *délation*, à l'*administration* et à la *cessation*.

794. Quant à la *délation*, la tutelle des interdits est toujours *dative* (art. 505), sauf *une* exception : le mari est le tuteur légal de sa femme interdite (art. 506). Cependant on ne saurait l'admettre en cas de séparation de corps. (Cass. fr., 25 novembre 1857; D., 1858, 1, 299; Nancy, 15 mai 1868; D., 1869, 2, 224.) Les père et mère ne peuvent pas nommer un tuteur à leur enfant majeur et interdit. Le Tribunat avait proposé une rédaction d'après laquelle *toutes* les règles sur la délation de la tutelle des mineurs seraient applicables à la tutelle des interdits. Mais cette proposition n'a pas été adoptée. (Locré, VII, 317, 346.) C'est qu'à cause de son âge ou de ses antécédents et de ses rapports de famille, la position de l'interdit à l'égard de ses ascendants n'est pas la même que celle du mineur.

Le fils peut être tuteur de son père, et, par exception à l'article 442, n° 3, la femme peut être nommée tutrice de son mari (art. 507).

795. Quant à l'*administration*, le conseil de famille détermine la manière dont le tuteur doit prendre soin de la personne de l'interdit, eu égard aux caractères de sa maladie et à l'état de sa fortune. Il décide si l'interdit sera traité dans son domicile, ou s'il sera placé dans une maison de santé ou dans un hospice. Ses revenus doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison (art. 510).

Le tuteur doit recevoir le compte de l'administrateur provi-

soire, si le tuteur n'a pas été lui-même administrateur (art. 505).

Dans le cas où la femme a été nommée tutrice de son mari, le conseil de famille doit régler la forme et les conditions de l'administration; il peut, par exemple, fixer à quelle somme s'élèvera la dépense annuelle de la maison ou de la gestion. Si la femme se croit lésée par les décisions de la famille, elle peut exercer son recours devant le tribunal (art. 507).

796. Lorsqu'il sera question du mariage d'un enfant de l'interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal sur les conclusions du ministère public (art. 511). Le conseil de famille doit agir, comme l'interdit aurait probablement agi lui-même s'il eût été sain d'esprit. Le conseil de famille ne peut pas accorder un avancement d'hoirie à titre de préciput, mais simplement une avance sur la succession de l'interdit.

Si l'enfant *majeur* de l'interdit n'apporte en mariage que des biens personnels, il peut régler lui-même ses conventions matrimoniales comme il veut, sans l'avis du conseil de famille de son père. Si, dans le même cas, l'enfant est *mineur*, il peut régler ses conventions matrimoniales avec le concours de son propre conseil de famille (art. 1398). Si l'enfant mineur reçoit une dot de son père, il a besoin, pour faire son contrat de mariage, de l'assistance de *son propre conseil de famille*, outre l'avis du conseil de famille de son père, donné conformément à l'article 511. Cet article n'est pas limitatif. Le conseil de famille peut accorder un avancement d'hoirie pour tout autre établissement de l'enfant de l'interdit, par exemple pour commencer un commerce.

797. Quant à la *cessation*, cette tutelle finit lorsque l'interdiction cesse. Mais l'interdiction ne finit pas, comme la majorité, à une époque certaine. Il ne serait donc pas juste de charger indéfiniment du fardeau de la tutelle les personnes qui ne sont pas unies à l'interdit par une proche parenté. C'est pourquoi nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, n'est tenu de conserver la tutelle d'un interdit au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur doit obtenir son remplacement, s'il le demande (art. 508).

B. *En ce qui concerne les actes faits par l'interdit.*

798. L'interdit est incapable d'exercer ses droits, parce qu'il est *toujours* présumé agir sans volonté suffisante pour s'obliger. Cette présomption exclut la preuve contraire. Le législateur n'admet pas la validité des actes juridiques de l'interdit, quand même ils auraient été passés dans un intervalle lucide. Il a voulu prévenir toutes les difficultés et les incertitudes auxquelles peut donner lieu la question de savoir si, dans un cas donné, l'interdit a été dans un intervalle lucide.

L'incapacité de l'interdit est donc plus absolue que celle du mineur. Ainsi : 1° le mineur peut contracter mariage, l'interdit ne le peut pas (n° 275) ; 2° le mineur peut être tuteur de ses enfants, l'interdit jamais (art. 442, n°s 1, 2); 3° le mineur âgé de plus de seize ans peut disposer par testament de la moitié de ses biens, l'interdit ne le peut pas (art. 904, 901, 502); 4° en règle générale, les actes passés par le mineur ne sont nuls que lorsqu'il a été lésé ; les actes de l'interdit sont nuls de droit (art. 502).

Mais les actes passés par l'interdit ne sont pas frappés de nullité absolue; ils ne sont pas inexistants. L'incapacité ne peut être opposée que par l'interdit, et non par ceux avec qui il a contracté (art. 1125).

Il faut distinguer : 1° les actes faits par l'interdit *après* l'interdiction, et 2° ceux faits *avant* l'interdiction.

1. DES ACTES FAITS APRÈS L'INTERDICTION.

799. Tous les actes faits par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls *de droit* (art. 502). Le sens de cette règle n'est pas que ces actes doivent être considérés comme n'ayant aucune existence devant la loi. Tant qu'ils existent, ils ont l'effet de tous les actes valables dans la forme, et il faut en faire prononcer la nullité par les tribunaux. Mais, pour en faire prononcer la nullité, il suffit de prouver qu'ils ont été passés après l'interdiction ; il n'est pas nécessaire de prouver que l'interdit a été lésé ni que les tiers qui ont contracté avec lui ont été de mauvaise foi. (Comp. art. 1305, 484.)

Le testament fait par un interdit est nul, l'interdit est présumé n'être pas sain d'esprit (art. 901).

2. DES ACTES ANTÉRIEURS A L'INTERDICTION.

800. Ces actes ne sont pas nuls de droit. Mais comme l'aliénation mentale peut avoir existé déjà *avant* l'interdiction, la loi permet aux juges de prononcer la nullité de ces actes dans certains cas. (Liége, 30 janvier 1875, P., 1875, 170.) Il faut distinguer si le dément vit encore ou s'il est décédé.

801. 1° L'interdit vit encore. *Après* l'interdiction, les actes faits antérieurement *peuvent* être annulés si la cause de l'interdiction (la démence) existait *notoirement* à l'époque où ces actes ont été faits (art. 503). Si le demandeur en nullité prouve que la cause de l'interdiction était *notoire*, celui qui a contracté avec le dément est censé l'avoir connue. Il ne sera pas admis à prouver que la démence *lui* était inconnue. La nullité de l'acte peut être prononcée, alors même que la démence n'était pas *notoire*, mais qu'elle était connue de celui qui a contracté avec le dément. L'article 503 renferme une exception aux principes généraux, en ce que les actes peuvent être annulés, quand même ils auraient été passés pendant un intervalle lucide, s'il est prouvé que celui qui les a passés était dans un état *habituel* de démence. Le motif de cette disposition, c'est que le tiers qui traite avec un homme en état habituel de démence ne mérite pas d'égards, parce qu'il y a grave présomption qu'il a abusé de la position du dément. (Exposé des motifs, n° 12, Locré, VII, 357 ; Brux., 27 janvier 1868, B. J., t. 26, 419.)

802. Celui qui n'a jamais été interdit, par exemple, parce qu'il a recouvré sa raison, peut aussi demander la nullité d'un acte en prouvant qu'à l'époque où cet acte a été fait, il était en état de démence. Toutefois il y a une différence entre ce cas-ci et celui où les actes sont attaqués *après l'interdiction*. S'il y a eu interdiction, il suffit, pour annuler les actes antérieurs, de prouver que l'interdit était *notoirement* dans un *état habituel de démence*. S'il n'a pas été interdit, il faut qu'il prouve qu'il n'avait pas l'usage de sa raison ; donc qu'il ne pouvait pas consentir *au moment même* où il a contracté (art. 1108).

803. 2° Le dément est décédé. Les actes par lui faits ne peuvent être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction a été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué (art. 504). L'interdiction est *provoquée* dès que la requête dont parle l'article 890 du code de procédure (voy. n° 788) a été présentée. (Gand, 23 juillet 1874, P., 1875, 105.) La preuve de la démence ne peut pas être tirée d'autres écrits ou documents émanés du défunt. (Orléans, 28 avril 1860, D., 1860, 2, 98.) La loi admet plus difficilement l'attaque d'un acte fait par un individu décédé, afin d'empêcher les procès qui peuvent naître après la mort d'une personne, lorsque cette personne ne peut plus donner des renseignements sur les actes passés pendant sa vie. Souvent les parties intéressées seraient tentées de demander la nullité des actes passés par leur auteur, se fondant sur sa démence. La loi fait une exception pour le cas où l'interdiction a été *prononcée* ou tout au moins *provoquée* du vivant de l'auteur de l'acte, parce qu'alors la démence est rendue vraisemblable, et naturellement pour le cas où l'acte *même* prouve la démence. La nullité de l'acte ne pourrait plus être poursuivie si la demande en interdiction avait été rejetée, ou si l'instance était périmée.

804. Si l'interdiction n'a été ni prononcée ni provoquée du vivant de la personne qui a fait un acte, cet acte, d'après le code, ne peut être attaqué pour cause de démence que lorsqu'il contient lui-même la preuve de la démence (art. 504). Cette disposition a été modifiée, en France, par l'article 39 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés; en Belgique, par l'article 34 de la loi du 18 juin 1850 sur le même sujet. D'après ces dispositions, les actes faits par toutes personnes, pendant le temps qu'elles auront été retenues dans un établissement d'aliénés, *peuvent* être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du code. La loi française ajoute les mots : « *Sans que l'interdiction de cette personne ait été prononcée ni provoquée* », que la loi belge ne contient pas. Mais il est évident que la loi belge doit être interprétée comme si ces mots s'y trouvaient; car autrement la disposition de l'article 34 de cette loi aurait été inutile, puisqu'elle se trouvait déjà dans l'article 504 du code.

805. Les auteurs et la jurisprudence sont généralement d'ac-

cord que la disposition limitative de l'article 504 ne s'applique pas aux donations ni aux testaments, et que la nullité de ces actes peut être demandée pour cause de démence, quand même la personne qui en est l'auteur serait décédée sans que son interdiction eût été prononcée ou provoquée. Car le projet de l'article 901, qui dit que, pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit, contenait un second alinéa qui déclarait applicable aux donations et aux testaments la disposition de l'article 504. Cette partie de l'article 901 fut retranchée précisément parce que le législateur ne voulait pas limiter le pouvoir du juge d'admettre la preuve de la démence. (Locré, XI, 132-134; 361, 438.) La dérogation à l'article 504, pour les actes à titre gratuit, s'explique. C'est surtout aux approches de la mort que les facultés intellectuelles de l'homme s'affaiblissent. Dans de semblables circonstances, on ne provoque plus l'interdiction. C'est alors que des spéculateurs avides cherchent à obtenir du moribond des actes de libéralité. Il était donc rationnel d'admettre l'annulation de ces actes, indépendamment de toute interdiction. (Voy. conf. Bruxelles, 6 juin 1860, B. J., t. 18, 788, P., 1860, 392; Liége, 29 décembre 1860, B. J., t. 23, 969; Cass. fr., 7 mars 1864, D., 1864, 1, 168.)

IV. DE LA CESSATION DE L'INTERDICTION.

806. L'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée, c'est-à-dire lorsque l'interdit est guéri de sa maladie. Mais le rétablissement doit être constaté par les mêmes procédés qui ont servi à constater le dérangement. Le conseil de famille sera consulté et l'interdit interrogé, et il ne peut reprendre l'exercice de ses droits qu'en vertu d'un jugement de mainlevée (art. 512). La demande en mainlevée doit être portée devant le tribunal qui a prononcé l'interdiction.

807. La loi ne dit pas qui a le droit de provoquer la mainlevée de l'interdiction. L'article 512 se borne à renvoyer aux *formalités* prescrites pour parvenir à l'interdiction, c'est-à-dire aux articles 492 et suivants; mais il ne renvoie pas aux dispositions qui traitent de la qualité des personnes autorisées à provoquer l'interdiction. Il faut donc admettre qu'outre les parents et les tu-

teurs, l'interdit lui-même a le droit de provoquer la mainlevée de l'interdiction ; autrement il pourrait dépendre des parents ou du tuteur de le maintenir dans cet état. Au reste, cette faculté n'a rien de dangereux, puisque le tribunal est maître de refuser la mainlevée. Régulièrement la demande doit être formée contre le tuteur.

808. La loi ne prescrit pas la publicité du jugement de mainlevée; c'est parce qu'il n'y a pas grand intérêt à ce qu'elle ait lieu. Car si celui qui est relevé de l'interdiction veut contracter, il peut faire connaître aux autres parties le jugement de mainlevée.

V. DE L'INTERDICTION LÉGALE.

809. Quiconque aura été condamné à la peine de mort, des travaux forcés, de la reclusion ou de la détention dans certains cas sera, pendant la durée de la peine, en état d'*interdiction légale;* il lui sera nommé un curateur (c'est-à-dire un tuteur) dans les formes prescrites pour la nomination des curateurs aux interdits, et le curateur rendra compte et remettra ses biens au condamné après qu'il aura subi sa peine. (Voy. *suprà* n°s 129 et 130.) La loi ne détermine pas les effets de cette interdiction, et il est difficile d'en fixer le caractère juridique, puisqu'il n'y a aucune analogie entre la cause de celle-ci et la cause de l'interdiction judiciaire. Le législateur a admis l'interdiction légale afin d'empêcher le condamné de se procurer des ressources pécuniaires en aliénant ses biens ou en s'obligeant. Pour ne pas tomber dans des distinctions arbitraires, il faut donner au terme *interdiction* dans le code pénal les mêmes effets qu'il a en droit civil, et dire que le condamné est incapable de faire tous les actes que l'individu judiciairement interdit ne peut pas faire, sauf le mariage. Il ne peut donc pas tester; mais ce dernier point est controversé.

En **Belgique**, le nouveau code pénal précise, au moins en partie, les effets de l'interdiction légale. « L'interdiction légale », porte l'article 22, « enlève au condamné la capacité d'administrer ses biens et d'en disposer, si ce n'est par testament. »

810. Mais qui peut opposer la nullité des actes faits par l'interdit? La règle de l'article 1125, d'après laquelle la nullité ne

peut être invoquée que par l'interdit, le mineur ou la femme mariée, est introduite uniquement en leur faveur. Cette même faveur n'existe pas à l'égard de l'interdit condamné. Quant à la nullité du testament, elle peut être opposée par tous ceux qui ont intérêt à ce que le testament n'existe pas.

Il y a des doutes à l'égard des autres actes. Pour le condamné, l'interdiction est une peine. On ne peut donc pas lui donner le droit d'invoquer la nullité, s'il a trompé les tiers avec lesquels il a traité, en se faisant passer pour une personne capable de contracter. Par contre, il est rationnel, pour le même motif, d'accorder aussi aux tiers le droit d'invoquer la nullité de la convention passée avec l'interdit. Le but de la loi est atteint plus sûrement lorsqu'on donne aussi aux tiers le droit d'opposer la nullité. (Valette sur Proudhon, t. I, p. 554-557.)

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE. (ART. 513-515.)

I. NOTION ET CONDITIONS REQUISES.

811. Le conseil judiciaire est un curateur sans l'assistance duquel celui à qui il est donné est incapable de faire certains actes juridiques que la loi détermine.

812. Les personnes qui peuvent être mises sous conseil judiciaire sont :

1° Les *prodigues,* c'est-à-dire les personnes qui dissipent leur patrimoine par des dépenses exagérées. Il faut ranger dans cette classe aussi les personnes qui, sans faire des actes de prodigalité dans le sens propre du mot, compromettent leur fortune par une grande légèreté ou imprévoyance. (Bruxelles, 2 mars 1857, B. J., t. 15, 500 ; P. 1857, 237). Une femme mariée peut être pourvue d'un conseil judiciaire pour cette cause, et ce conseil peut être une personne autre que le mari (Paris, 20 avril 1875, D., 1876, 2, 238; cass. fr., 12 mars 1877, D., 1878, 1, 184 et la note);

2° Les faibles d'esprit, c'est-à-dire les personnes qui ne sont pas complétement privées de l'usage de leurs facultés mentales au point de devoir être interdites, mais chez lesquelles ces facultés se trouvent ou à un degré inférieur ou affaiblies. Ainsi, par exemple, la faiblesse d'esprit résultant d'un âge avancé peut autoriser la nomination d'un conseil judiciaire. En rejetant la demande d'interdiction, le tribunal peut nommer un conseil judiciaire si le défendeur est faible d'esprit (art. 499). Mais, pour obtenir la mise sous conseil du faible d'esprit, il n'est pas nécessaire de commencer par une demande en interdiction. Rien ne s'oppose à ce que la demande d'un conseil judiciaire pour le faible d'esprit soit faite *directement* et *principalement*.

813. La nomination du conseil judiciaire peut être faite d'*office*, par le tribunal, dans le cas où l'interdiction a été demandée (art. 499).

Les personnes autorisées à provoquer l'interdiction, s'il y a lieu, peuvent aussi borner leur demande à la nomination d'un conseil judiciaire. Ce droit appartient aussi au ministère public (art. 514, 491). Le Tribunat avait proposé de refuser expressément ce droit au ministère public : « *excepté, toutefois, le commissaire du gouvernement.* » (Observ. n° 12, Locré, VII, p. 347.) Sa proposition n'a pas été adoptée. Le prodigue ni le faible d'esprit ne peuvent provoquer eux-mêmes la nomination du conseil (n° 787).

814. La demande tendante à placer quelqu'un sous conseil judiciaire doit être instruite et jugée de la même manière que la demande en interdiction (art. 514, n°s 788-791). Donc un conseil provisoire peut être nommé après le premier interrogatoire. Le jugement qui nomme un administrateur provisoire n'est pas susceptible d'opposition. (Bruxelles, 24 février 1873, P., 1873, 355.)

Ainsi que le mot *judiciaire* l'indique, le conseil doit toujours être nommé par le tribunal (art. 513). Il n'y a pas de conseil *légal*, et la loi n'impose à personne l'obligation d'accepter ces fonctions.

II. EFFETS DE LA NOMINATION DU CONSEIL JUDICIAIRE.

815. La nomination d'un conseil judiciaire a son effet du jour du jugement qui l'a prononcée. Dès ce jour, l'incapacité de celui

qui est sous conseil commence. (Art. 502 et n° 791; cass. fr., 6 juillet 1868, D., 1869, 1, 267.)

816. L'incapacité du prodigue est la même que celle du faible d'esprit; les articles 499 et 513 sont identiques. Celui qui est placé sous conseil judiciaire est capable de faire tous les actes de la vie civile, à l'exception de ceux qui lui sont interdits.

Ainsi il peut, sans assistance de son conseil, administrer ses biens, faire des baux qui n'excèdent pas neuf ans, aliéner les produits de ses immeubles et les meubles achetés de ses revenus, acheter et passer d'autres conventions qui ne renferment pas d'aliénations; il peut faire des dispositions de dernière volonté; il peut contracter mariage et, par suite, faire statuer sur l'opposition mise à son mariage. (Bruxelles, 19 juillet 1862, P., 1862, 319.)

Mais il ne peut, sans l'assistance de son conseil, plaider, transiger même sur des droits mobiliers, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge, aliéner même des meubles de quelque importance, ni grever ses biens d'hypothèques (art. 499, 513). Il ne peut pas non plus disposer par donation entre-vifs, par exemple doter ses enfants, sans l'assistance de son conseil.

Pour faire le commerce, le prodigue doit être autorisé d'une manière expresse et spéciale de son conseil. (Bruxelles, trib. de comm., 12 mai 1862, B. J., t. 21, 446 et la note.) Toutefois les actes de commerce faits par le prodigue pendant plusieurs années au vu et au su de son conseil, même sans une autorisation formelle, peuvent être valables. (Brux., 1er août 1860, B. J., t. 21, 421.)

Il peut contracter un mariage ayant pour effet le régime de la communauté légale; mais il ne peut, sans l'assistance du conseil, modifier le régime de la communauté légale par l'adoption de clauses spéciales d'où résulteraient, à sa charge, des aliénations ou des obligations pour lesquelles, en principe, l'assistance du conseil est nécessaire, par exemple pour ameublir ses immeubles, ou pour faire des donations à son futur conjoint.

Le tribunal ne peut pas, en nommant un conseil, prescrire l'assistance pour d'autres actes que ceux déterminés par la loi. (Toullier, II, n° 1378.) Il ne peut pas non plus se borner à dé-

fendre au prodigue une partie seulement des actes qu'énumère l'article 513. Cet article est à la fois impératif et restrictif.

817. L'assistance du conseil consiste en ce que, pour les actes judiciaires, il procède conjointement avec celui à qui il est nommé, tant en demandant qu'en défendant; et, pour les actes extrajudiciaires, dans sa *présence* en personne ou par mandataire et son *consentement* aux actes à faire. Une ratification postérieure ne suffit pas.

818. Les actes faits sans l'assistance du conseil, et pour lesquels *elle est nécessaire, sont nuls* (art. 502). La nullité est relative; elle ne peut être opposée *que par la* personne placée sous conseil (art. 1125). La nullité de ces actes peut être demandée dans les dix ans à partir de la mainlevée de la défense ou de la mort de l'incapable (art. 1304). Les actes que l'individu placé sous conseil judiciaire a fait sans l'assistance de son conseil dans les limites de sa capacité sont valables en principe; mais il faut, par analogie, en admettre la réduction, s'ils sont excessifs, sous les mêmes conditions sous lesquelles les actes du mineur émancipé peuvent être réduits (art. 484 et nos 776, 777). Mais le prodigue n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. (Bruxelles, 4 avril 1868, B. J., t. 26, 536.)

819. Les actes antérieurs à la nomination du conseil ne peuvent pas être annulés sous prétexte que la cause qui a motivé cette nomination existait déjà à l'époque où ils ont été passés. Car la prodigalité et la simple faiblesse d'esprit peuvent exister à des degrés très-différents, de sorte qu'il n'y aurait pas de sûreté pour les tiers s'il était possible d'attaquer en nullité les actes faits avant le jugement. (Exposé des motifs, n° 12; Discours du tribun Tarrible au corps législatif, n° 11, Locré, VII, 357, 393; Bruxelles, 29 janvier 1855, B. J., t. 14, 62, P., 1855, 401; Paris, 9 février 1874, D., 1875, 2, 160.)

Cependant on pourrait faire annuler *pour dol* les actes passés, pendant l'instance en nomination d'un conseil, avec un tiers ayant connaissance de la demande en nomination de conseil. (Toullier, n° 1383. Voy. cass. fr., 30 juin 1868, D., 1869, 1, 230; 14 juillet 1875, D., 1876, 1, 202.)

Il a été jugé que les engagements excessifs contractés par un prodigue à une époque rapprochée de la nomination du conseil

peuvent être réduits par le tribunal. (Paris, 29 décembre 1877, D., 1878, 2, 160.)

III. DE LA CESSATION DE L'INCAPACITÉ RÉSULTANT DE LA NOMINATION D'UN CONSEIL JUDICIAIRE.

820. La défense de procéder aux actes déterminés par la loi sans l'assistance d'un conseil ne peut être levée qu'en observant les formalités prescrites pour faire nommer le conseil (art. 514 et nos 806-808). La mort du conseil judiciaire ne fait pas cesser l'incapacité, comme il a été jugé quelquefois sous l'ancien droit. En pareil cas, il faut demander la nomination d'un nouveau conseil. Cette demande peut être faite par ceux qui ont le droit de provoquer, en général, la nomination d'un conseil et par celui même qui était soumis au conseil décédé. (Demolombe, VII, 776, 777; Bruxelles, 23 juillet 1863, B. J., t. 21, 1041, P., 1864, 161.)

821. Quelle est la voie à suivre lorsque le conseil judiciaire refuse, sans motif légitime, d'assister le prodigue pour plaider ou pour passer un acte? Le cas n'est pas prévu par la loi. Malgré l'avis contraire de quelques auteurs, on ne peut admettre que le tribunal puisse se substituer au conseil et autoriser le prodigue à passer l'acte ou à plaider. La jurisprudence, en repoussant cet expédient, en indique deux autres, savoir : de s'adresser au tribunal et de demander ou la révocation du conseil et la nomination d'un conseil nouveau, ou bien la nomination d'un conseil *ad hoc*. (Bruxelles, 19 juillet 1862 et 23 juillet 1863, P. 1862, 319 et 1864, 161; cass. fr., 12 août 1868, D., 1869, 1, 268.) La légalité du premier expédient, — la révocation du conseil, — est très-contestable. Car la révocation ou destitution a toujours un caractère de pénalité et peut porter atteinte à l'honneur de celui qui en est frappé. Le conseil ne peut être puni lorsque, même en se trompant sur la légitimité des motifs, il a de bonne foi refusé l'assistance. Le second moyen, la nomination d'un conseil *ad hoc*, est seul admissible. (Voy., dans le même sens, Laurent, t. V, n° 354.)

La loi *belge* du 15 août 1854, article 3, prévoit un cas analogue qui peut servir de guide. Si le mari de la femme mineure refuse de procéder avec elle sur l'expropriation forcée, le tribunal nomme un curateur pour assister la femme contre laquelle la poursuite est exercée.

APPENDICE.

DES PERSONNES NON INTERDITES PLACÉES DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS. EXPLICATION DE LA LOI FRANÇAISE DU 30 JUIN 1838 ET DES LOIS BELGES DES 18 JUIN 1850 ET 28 DÉCEMBRE 1873, SUR LES ALIÉNÉS.

---

822. En **France**, la loi du 30 juin 1838, *sur les aliénés*, a régularisé, tant sous le rapport du droit administratif que sous le rapport du droit civil, la position des individus frappés d'aliénation mentale et non interdits. La législation de la **Belgique** laissait, sur la même matière, une lacune qui a été comblée par la loi du 18 juin 1850, *sur le régime des aliénés* (*Moniteur* du 21 juin 1850). Cette loi a été en grande partie modelée sur la loi française du 30 juin 1838 ; elle a été complétée par celle du 28 décembre 1873 et insérée de nouveau au *Moniteur* avec les modifications résultant de cette dernière loi. (Voy. *Moniteur* du 27 janvier 1874.)

La plupart des dispositions de la loi française du 30 juin 1838 et des lois belges précitées se rapportent au droit public et administratif.

La loi **française** se compose de 41 articles. Le Ier titre (art. 1-7) traite des *établissements d'aliénés ;* le IIe, *des placements faits dans les établissements d'aliénés ;* savoir, dans la 1re section (art. 8-17), des placements volontaires ; dans la 2e (art. 18-24), des placements ordonnés par l'autorité publique ; dans la 3e (art. 25-28) des dépenses du service des aliénés ; la 4e (art. 29-40) contient des dispositions communes à toutes les personnes placées dans les établissements d'aliénés. Le IIIe titre (art. 41) contient des dispositions générales et pénales ayant pour but d'assurer l'exécution de la loi.

La loi **belge** se compose de 38 articles.

Le Ier chapitre (art. 1-6), traite des établissements d'aliénés et des conditions sous lesquelles ils peuvent être ouverts ou maintenus ; le IIe (art. 7-17), du placement des aliénés dans les établissements et de leur sortie ; le IIIe (art. 18-20), des asiles provisoires et de passage et du transport des aliénés indigents ;

le IVe (art. 21-24) s'occupe de la surveillance des établissements d'aliénés; le Ve (art. 25), des aliénés gardés dans leurs familles; le VIe (art. 26-28), des frais d'entretien des aliénés; le VIIe (art. 29-34), de l'effet du placement de l'aliéné sur l'administration de ses biens et sa capacité de contracter; enfin le VIIIe (art. 35-38) contient des dispositions générales et des pénalités.

Nous ne nous occuperons que des dispositions qui intéressent le droit civil.

823. L'article 26 de l'une et de l'autre loi dispose que le gouvernement fixera, par un tarif, les frais de transport et qu'il fixera annuellement les journées d'entretien des individus placés dans les établissements d'aliénés par les autorités publiques. L'article 27 porte que « ces dépenses, en ce qui concerne les aliénés non indigents, sont à la charge des personnes placées ; à défaut par elles de pouvoir les supporter, elles seront à la charge de ceux auxquels il peut être demandé des aliments, aux termes des articles 205 et suivants du code civil.

« Toutefois, en ce qui concerne les aliénés prévenus, accusés ou condamnés, lesdites dépenses seront supportées par l'État ».

DES EFFETS DU PLACEMENT DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ALIÉNÉS.

A. *En ce qui concerne la nomination d'un administrateur.*

824. Les deux lois, française et belge, sur les *aliénés* créent une nouvelle classe de personnes, distinctes des autres par la manière dont elles sont représentées et par leur capacité; ce sont les personnes placées dans des établissements d'aliénés, et qui *n'ont pas été interdites*. Ces lois ne s'appliquent ni aux interdits, ni aux mineurs pourvus d'un tuteur.

Il faut examiner la position de ces personnes : 1° en ce qui concerne la nomination d'un administrateur, et 2° en ce qui concerne leur capacité. Les règles concernant ces deux points sont à peu près les mêmes d'après la loi **française** et d'après la loi **belge**.

825. Les personnes qui se trouvent dans des établissements d'aliénés, et qui ne sont ni interdites ni placées sous tutelle, peuvent être pourvues d'un administrateur provisoire par le tribunal

de première instance du lieu de leur domicile, ou de leur résidence à défaut de domicile; sur la demande des parents, de l'époux ou de l'épouse, sur celle de la commission administrative de l'établissement, ou sur la provocation d'office du procureur du roi. Le tribunal statue en chambre du conseil. L'allié ni le créancier de la personne détenue n'ont donc qualité pour provoquer cette nomination. (Jugements du tribunal de la Seine, des 28 janvier et 3 juin 1854; Valette, *Explic. somm.*, p. 399; et *suprà*, nº 787.)

Cette nomination ne doit avoir lieu qu'après délibération du conseil de famille et sur les conclusions du procureur du roi. Elle n'est pas sujette à l'appel (loi franç., art. 32; loi belge, art. 29, alin. 1 et 2). Un interrogatoire n'est pas nécessaire. Les conditions et formalités requises pour placer quelqu'un dans un établissement d'aliénés remplacent les garanties que donne l'interrogatoire.

826. La demande en nomination d'un administrateur peut être faite directement ou principalement; il n'est pas nécessaire, à cet effet, de provoquer l'interdiction. Les personnes qui ont formé une demande en interdiction peuvent l'abandonner afin de demander simplement la nomination d'un administrateur provisoire. Mais, dans ce cas, il faudra une nouvelle délibération du conseil de famille.

827. L'administrateur est *obligé* d'accepter les fonctions qui lui sont déférées; c'est un *munus publicum,* comme la tutelle. Les dispositions du code civil sur les dispenses de tutelle, sur les incapacités, les exclusions, les destitutions et les comptes des tuteurs sont applicables à l'administrateur nommé par le tribunal (loi franç., art. 34, alin. 1 ; loi belge, art. 29, alin. 3).

828. En **France**, sur la demande des parties intéressées, ou sur celle du procureur de la république, le jugement qui nommera l'administrateur provisoire pourra en même temps constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale jusqu'à concurrence d'une somme déterminée par ledit jugement. Le procureur de la république devra, dans le délai de quinzaine, faire inscrire cette hypothèque au bureau de la conservation; elle ne datera que du jour de l'inscription (art. 34, al. 2, 3).

En **Belgique**, les biens de l'administrateur provisoire sont

soumis à l'hypothèque légale pour sûreté des droits de la personne aliénée dont il administre les biens.

C'est au conseil de famille de fixer la somme pour laquelle il sera pris inscription et de désigner les immeubles sur lesquels cette inscription devra être requise. La délibération du conseil de famille doit être motivée. L'administrateur provisoire sera entendu ou appelé. Il peut, dans la huitaine, former opposition à la délibération, devant le tribunal. Comme il n'y a pas de subrogé tuteur, l'opposition doit être formée contre les membres du conseil de famille qui ont adopté l'avis qu'elle tend à faire changer.

Le conseil de famille peut aussi dispenser de toute inscription, ou simplement s'abstenir de prendre une résolution à ce sujet; en ce cas, l'hypothèque n'existe pas. L'hypothèque, si elle est ordonnée, ne date que du jour de l'inscription; le conseil de famille peut aussi commettre un de ses membres ou toute autre personne pour la requérir (art. 29 ; loi du 16 déc. 1851, articles 49-51, 53; art. II additionnel, art. 3 ; code de proc., article 883).

829. En ce qui concerne les aliénés qui se trouvent placés dans des établissements *publics*, les commissions administratives ou de surveillance des hospices ou établissements d'aliénés exerceront *de plein droit*, par celui de leurs membres qu'elles désigneront, les fonctions d'administrateurs provisoires à l'égard des personnes qui y sont placées, et qui ne seraient ni interdites ni pourvues d'un tuteur, et auxquelles un administrateur spécial n'aurait pas été nommé. Le receveur des hospices remplit à l'égard des biens de ces personnes les mêmes fonctions que pour les biens des hospices. Toutefois, les biens de l'administrateur délégué ne peuvent, à raison de ces fonctions, être passibles d'aucune hypothèque. La garantie de son administration réside dans le cautionnement du receveur chargé de la manutention des deniers et de la gestion des biens (loi franç., art. 31; loi belge, art. 30).

830. L'administrateur provisoire, nommé par le tribunal dans le cas prévu au nº 826, diffère de l'administrateur provisoire nommé dans le cas de l'article 497 du code civil, après le premier interrogatoire. Le premier est nommé pour trois ans, et ses biens sont soumis à l'hypothèque légale ; les fonctions du

deuxième ne durent que pendant l'instance en interdiction, et ses biens ne peuvent pas être grevés de l'hypothèque légale.

831. La loi **française**, article 31, fixe en ces termes les attributions de l'administrateur provisoire : « Il procède au recouvrement des créances dues à l'aliéné et à l'acquittement de ses dettes, passe des baux qui n'excèdent pas *trois* ans. Pour vendre le mobilier de l'aliéné, il lui faut une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil. »

Lorsque l'aliéné est engagé dans une contestation judiciaire au moment de son placement dans l'établissement, ou lorsqu'une action est intentée postérieurement contre lui, le tribunal, sur la demande de l'administrateur provisoire, ou à la diligence du procureur de la république, désignera un mandataire spécial à l'effet de le représenter en justice. Le tribunal peut aussi, dans le cas d'urgence, désigner un mandataire spécial à l'effet d'intenter, au nom de l'aliéné, une action mobilière ou immobilière. L'administrateur provisoire peut, dans les deux cas, être désigné pour mandataire spécial (art. 33).

La loi garde le silence sur tous les autres actes qui dépassent les limites de l'administration. Elle ne dit pas comment il faut procéder lorsqu'il y a lieu d'accepter ou de répudier pour l'aliéné une succession ou une donation, de vendre ou d'hypothéquer ses biens, d'emprunter, de transiger, de doter ses enfants. La loi présente ici une grande lacune. Suivant M. Demolombe, t. VIII, n° 838, il n'y a, pour tous ces cas, d'autre moyen légal et régulier que l'interdiction, qu'il faudrait alors provoquer. (Voy. conf. Metz, 8 déc. 1868, D. 1869, 2, 40; Caen, 15 nov. 1870, D. 1873, 2, 238.)

D'après la loi française, le tribunal peut, sur la demande de l'intéressé, de l'un de ses parents, du conjoint, d'un ami ou du procureur de la république, nommer en chambre du conseil, par jugement non susceptible d'appel, en outre de l'administrateur provisoire, un curateur à la personne placée dans un établissement d'aliénés, lequel devra veiller, 1° à ce que ses revenus soient employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison, 2° à ce que ladite personne soit rendue au libre exercice de ses droits aussitôt que sa situation le permettra. — Ce curateur ne pourra pas être choisi parmi les héritiers présomptifs de la personne placée dans un établissement d'aliénés (art. 38).

832. En **Belgique**, l'article 31, alinéa 1er, de la loi de 1873 a comblé la lacune que nous avons signalée dans la loi française, en fixant les attributions de l'administrateur provisoire en ces termes : « L'administrateur provisoire procédera au recouvrement des créances, à l'acquittement des dettes ; il passera des baux qui ne pourront excéder trois ans ; il pourra, aux mêmes conditions qui sont prescrites pour le tuteur de l'interdit, accepter une succession sous bénéfice d'inventaire, emprunter et consentir hypothèque pour payer des dettes ; il pourra même, en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil, faire vendre le mobilier et représenter l'aliéné en justice, soit en demandant, soit en défendant, ainsi que dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels il serait intéressé. »

833. Le ministère public doit être entendu dans toutes les affaires qui intéressent les personnes placées dans des établissements d'aliénés, peu importe qu'elles soient interdites ou non (code de proc., art. 83, 6°). La loi française, article 40, l'ordonne expressément.

834. D'après la loi **française**, article 35, les significations doivent être faites à l'administrateur provisoire, dans le cas où un administrateur provisoire aura été nommé par un jugement ; et « les significations faites au domicile pourront, suivant les circonstances, être annulées par les tribunaux ».

« Deux considérations également graves se trouvent ici en présence, dit M. Demolombe, n° 839 ; d'une part, on ne devait pas permettre que les tiers, en adressant frauduleusement une signification au domicile de l'aliéné qu'ils savaient être retenu dans un établissement, réussissent ainsi à lui faire encourir d'injustes déchéances ; d'autre part, on devait craindre de rendre les tiers de bonne foi victimes d'une ignorance qui pouvait être irrépréhensible, puisque le placement dans un établissement d'aliénés a lieu sans jugement et sans publicité ; on sait même que l'administrateur provisoire est nommé en la chambre du conseil. L'article 35 concilie les deux intérêts, il pose en principe que les significations doivent être faites à l'administrateur provisoire ; mais, en même temps, il reconnaît qu'elles pourront aussi être valablement faites au domicile de l'aliéné, et il accorde aux tri-

bunaux la faculté de les maintenir ou de les annuler, suivant les circonstances. »

L'article 31 de la loi **belge** porte que les **significations à** faire à la personne placée dans un établissement d'aliénés ***pourront*** être faites à l'administrateur provisoire ; et puis il ajoute : « *Les significations faites au domicile de l'aliéné pourront, suivant les circonstances, être annulées par les tribunaux* ». Il faut conclure de cet article que les significations peuvent toujours être *valablement* faites à l'administrateur provisoire, et qu'elles ne peuvent pas être annulées en ce cas, tandis que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de ne pas admettre la validité de celles faites au domicile de l'aliéné.

La loi belge n'ajoute pas, comme le fait la loi française, que les significations faites au domicile peuvent être annulées seulement dans le cas *où un administrateur provisoire a été nommé par un jugement*. Il faut donc admettre que les tribunaux peuvent aussi annuler les significations faites au domicile de l'aliéné lorsque les fonctions d'administrateur provisoire sont exercées de plein droit par un membre de la commission administrative des hospices.

835. « Il n'est point dérogé aux dispositions de l'article 173 du code de commerce, » dit l'article 35, alinéa 3, de la loi **française** ; aux dispositions de l'article 64 de la loi du 20 mai 1872, porte la loi **belge**, article 31, alinéa 4. Ces articles se rapportent au protêt des lettres de change. Le protêt doit être fait dans un délai très-court, au domicile actuel ou au dernier domicile connu de celui sur qui la lettre de change était payable. Ce délai est trop court pour que le porteur de la lettre de change puisse prendre des renseignements sur la position et le domicile de la personne qui doit la payer.

836. Les pouvoirs de l'administrateur provisoire cessent de plein droit dès que la personne placée dans un établissement d'aliénés n'y est plus retenue. Si cette personne n'est pas sortie de l'établissement, les fonctions de l'administrateur nommé par jugement cessent de plein droit à l'expiration d'un délai de trois ans, à moins qu'elles n'aient été renouvelées (loi franç., art. 37, alin. 1 et 2 ; loi belge, art. 33). Si elles sont renouvelées, l'administrateur ne peut pas se refuser à continuer la gestion. (Demo-

lombe, VIII, n° 827.) La décision de la chambre du conseil qui renouvelle les pouvoirs de l'administrateur provisoire est, ainsi que celle qui lui confère ses pouvoirs, non sujette à l'appel. (Paris, 4 janvier 1851, D. P., 1851, 5, 21.)

837. « A défaut d'administrateur provisoire, le président du tribunal, à la requête de la partie la plus diligente, commettra un notaire pour représenter les personnes non interdites et non pourvues d'un tuteur, placées dans les établissements d'aliénés, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels elles seraient intéressées » (loi franç., art. 36; loi belge, art. 32; code civil, art. 113; code de proc., art. 928, 942.)

B. *En ce qui concerne les actes faits par l'aliéné.*

838. Les actes qu'une personne a passés *avant* qu'elle fût placée dans un établissement d'aliénés restent entièrement soumis au droit commun exposé aux n°s 800-805.

839. Les actes faits par toutes personnes *pendant le temps qu'elles auront été retenues* dans un établissement d'aliénés sans que l'interdiction ait été prononcée ni provoquée, *pourront* être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du code civil (loi franç., art. 39; loi belge, art. 34, alin. 1). Ces actes ne sont donc pas *nuls de droit;* les magistrats ont un pouvoir discrétionnaire pour les annuler ou pour les déclarer valables. A *cet* égard les lois sur les aliénés n'ont pas dérogé au code; mais, sous deux autres rapports, elles en ont modifié les règles.

840. 1° Pour que, du *vivant* d'un interdit, les actes antérieurs à l'interdiction puissent être annulés, il faut, d'après l'article 503 du code, que la cause de l'interdiction, c'est-à-dire la démence, *ait existé notoirement* à l'époque où ces actes ont été faits. Or, la loi belge de 1850 considère le séjour d'une personne dans un établissement d'aliénés comme l'*existence notoire* de la démence. Pour que les actes faits par une personne puissent être annulés, il suffit de prouver qu'à l'époque où ils ont été faits, cette personne était retenue dans un établissement d'aliénés.

841. 2° Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne peuvent, aux termes de l'article 504 du code, être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son interdiction a été prononcée

ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de sa démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué. D'après l'article 34, les actes faits par une personne pendant qu'elle était retenue dans un établissement d'aliénés peuvent être attaqués même après sa mort, quand même son interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée, et sans que la preuve de sa démence résulte de l'acte même qui est attaqué.

842. Les actes faits par un interdit peuvent, d'après l'article 1304, être attaqués en nullité pendant dix années, dont le cours ne commence que du jour où l'*interdiction a été levée*. L'article 34 de la loi belge et l'article 39 de la loi française disposent que les dix ans de l'action en nullité courront, à l'égard *de la personne retenue* qui aura souscrit des actes, à dater soit de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés, soit de la signification qui lui en aura été faite après cette sortie; et, à l'égard de ses *héritiers*, à dater de la signification qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue depuis la mort de leur auteur. Lorsque les dix ans auront commencé à courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers. L'article 1304 qui, suivant beaucoup d'auteurs, fait courir la prescription de l'action en nullité à partir du jour de la mainlevée de l'interdiction, si on l'applique littéralement, présente un grand inconvénient que les lois des deux pays *sur les aliénés* ont évité; c'est que l'aliéné peut souvent n'avoir gardé aucun souvenir des actes qu'il avait souscrits pendant sa démence, et surtout que ses héritiers pouvaient n'en avoir aucune connaissance, et qu'un acte dont l'existence n'est pas même connue pourrait devenir valable par la ratification tacite.

843. Le texte des deux lois ne parle que des actes faits par les personnes retenues dans des établissements d'aliénés. Faut-il en conclure que cette loi ne s'applique pas à la prescription des actes passés par l'interdit, de sorte que la personne non interdite, mais retenue dans un établissement d'aliénés, pourrait jouir ainsi, pour attaquer ces actes, d'un délai plus long que l'interdit?

Le texte même des deux lois n'exclut pas l'application de leur disposition aux *interdits retenus dans les maisons d'aliénés*, et la raison la commande. (Demolombe, VIII, n° 860.)

Restent les actes des interdits qui ne sont pas retenus dans un établissement d'aliénés. Nous croyons que déjà d'après le système du code civil, donc à plus forte raison depuis la publication des lois sur les *aliénés*, on doit admettre que la prescription de l'action en nullité de ces actes ne peut commencer qu'à dater du moment où celui qui en est l'auteur en a eu connaissance après la mainlevée de l'interdiction. Car le délai de la prescription ne court, dans le cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été *découverts* (art. 1304, alin. 2). Il est rationnel et conforme à l'esprit de la loi d'appliquer la même règle aux actes faits par les interdits. (Voy., sur cette question, t. II, nos 288, 289.)

LIVRE DEUXIÈME.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

844. Le premier livre du code traite des personnes, de leur capacité, de leur état et de leurs rapports de famille. Ces droits sont appelés *éminemment personnels*, parce qu'ils sont inhérents à la personne et qu'ils ont en quelque sorte pour sujet et pour objet la personne même.

Le deuxième et le troisième livre s'occupent des droits que l'on désigne plus spécialement sous le nom de *patrimoniaux*, c'est-à-dire des rapports juridiques des personnes avec les *choses*.

845. On appelle *chose* ou *bien* (*res*) tout ce qui peut être objet d'un droit; donc, non-seulement les objets matériels, tels qu'un fonds, un cheval (*choses corporelles*), mais aussi les actions de l'homme, les droits, les obligations (*choses incorporelles*).

Le terme *chose* est plus général que celui de *bien*; le code se sert ordinairement du mot *biens* pour désigner les choses qui offrent quelque utilité aux personnes et qui peuvent être objets de droits.

Le premier titre de ce livre s'occupe des *biens considérés en eux-mêmes*, et en général des droits que l'on peut avoir sur les biens; le second, de la *propriété*; le troisième et le quatrième, des *droits réels* qui sont des démembrements du droit de propriété.

TITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION DES BIENS. (ART. 516-543.)

INTRODUCTION.

846. Le code ne mentionne explicitement que la distinction des biens en immeubles et meubles, bien qu'il y en ait d'autres qui offrent un intérêt juridique. Il en sera question ci-dessous aux nos 873 et suivants et au chapitre III.

Tous les biens sont meubles ou immeubles (art. 516); il est impossible de concevoir des biens qui ne doivent pas être compris dans l'une de ces deux classes. (Exposé des motifs, n° 3; rapport au Tribunat, n° 2; Locré, VIII, 52, 63.) *Naturellement*, cette division ne peut s'appliquer qu'aux choses *corporelles;* car les choses qui n'ont pas de corps ne sont ni meubles ni immeubles; mais, par suite de la distinction fondamentale de tous les biens généralement quelconques en meubles et immeubles, distinction qui réfléchit sur les matières les plus importantes du droit, le législateur devait, par fiction, attribuer également aux choses incorporelles le caractère d'immeubles ou de meubles (voy. *infrà*, nos 854-856, 859-871).

En règle, une chose est ou mobilière ou immobilière. Toutefois, la même chose peut, selon les circonstances, être tantôt mobilière, tantôt immobilière; par exemple, un arbre non coupé est immobilier; coupé, il est devenu meuble.

847. D'après le droit romain, la distinction des choses en meubles et immeubles n'avait qu'une importance juridique très-restreinte; par exemple, pour la possession, pour l'usucapion, pour l'accession, pour la dot; en général, les mêmes règles s'appliquaient aux uns et aux autres. C'est surtout dans le droit coutumier des peuples de race germanique que cette distinction était importante et féconde en conséquences; ainsi, par exemple, d'autres principes régissaient la succession dans les meubles, d'autres, celle dans les immeubles; les immeubles étaient soumis au retrait lignager, au douaire, aux réserves coutumières,

Bien que la législation moderne n'ait pas conservé toutes les différences coutumières entre les meubles et les immeubles, cette distinction forme encore une de ses bases et produit des effets dans les matières les plus importantes de droit, par exemple dans le contrat de mariage, dans la législation hypothécaire, dans la possession et la prescription, dans la tutelle, dans le droit fiscal, etc.

Deux raisons expliquent l'importance que le droit coutumier attachait à la distinction des biens en meubles et immeubles. La première, c'est parce que dans l'ancien droit germanique le propriétaire foncier seul était l'homme vraiment libre, qui exerçait les droits politiques les plus étendus. Il prenait part au gouvernement, il votait dans les assemblées publiques, il avait la juridiction et l'administration dans ses terres, et il ne pouvait être jugé que par ses pairs. La seconde, c'est que la richesse mobilière, née du commerce et de l'industrie, était peu considérable à l'époque de l'origine du droit coutumier.

La principale source de ce titre est la coutume de Paris, articles 88-95.

CHAPITRE I.

DES IMMEUBLES. (Art. 517-526.)

848. « Les biens sont immeubles, ou par leur *nature*, ou par leur *destination*, ou par l'*objet auquel* ils s'appliquent. » (Art. 517.)

I. DES IMMEUBLES PAR LEUR NATURE.

849. A la rigueur, le seul immeuble par *sa nature* est le sol et toute partie du sol (les fonds de terre); mais le code considère aussi comme immeuble par sa nature tout ce qui ne peut être transporté d'un lieu à un autre sans altération de sa substance : ainsi, tout ce qui s'élève au-dessus et tout ce qui se trouve au-dessous du sol, donc les mines, minières, carrières et tous les minéraux qui se trouvent dans la terre; tout ce qui s'unit ou s'incorpore au sol, soit par le fait de l'homme, soit par l'action de la

nature. *Quod solo inædificatur, solo cedit;* § 29, J. *De rerum divisione,* 2, 1. *Fructus pendentes pars fundi videntur;* fr. 44, D., *De rei vindicatione,* 6, 1.

Par cette raison, sont immeubles par leur nature : les bâtiments et les moulins à vent ou à eau fixés sur piliers *et ceux* faisant partie d'un bâtiment (art. 519). Pour qu'un moulin soit immeuble, il suffit d'*une* des deux conditions que l'article 519 semble exiger conjointement (arg., art. 531).

Sont pareillement immeubles, les récoltes pendantes par les racines, les arbres, arbustes, bois et plantes sur pied et tenant au sol, les fruits des arbres non encore recueillis, les semences jetées en terre (art. 520, 521).

Les *mines* sont immeubles (loi du 21 avril 1810, art. 8).

850. Lorsque des matériaux de construction ont été *définitivement* (et non-seulement temporairement pour être replacés) détachés d'un édifice, lorsque les récoltes, les fruits, les bois, les arbres ou autres plantes sont séparés du sol, ils n'en font plus *partie* et reçoivent une individualité propre, dont le caractère est déterminé par leur nature. Ils deviennent donc *meubles*. Si une partie de ces objets est séparée du sol, cette partie seule est meuble (art. 520, 521). Par la même raison sont meubles les matières extraites des mines et les approvisionnements (loi du 21 avril 1810, art. 9).

A la rigueur, ces objets ne sont mobilisés qu'à partir du moment où ils ont été séparés du sol. Cependant, quelquefois ils deviennent meubles en quelque sorte anticipativement par suite de leur destination naturelle. Ainsi, on peut saisir séparément et sans le fonds les fruits pendants par racines ou par branches, et cette saisie est réputée mobilière (saisie-brandon) (voy. code de procédure, art. 626-635). Sont également mobilières, la vente des récoltes et des bois sur pied et la vente des minerais non encore extraits, mais destinés à l'être (arg. de l'article 45 de la loi du 16 décembre 1851). Cette règle se trouvait déjà dans plusieurs coutumes. « En beaucoup de lieux, foins à couper après la mi-mai, bleds et autres grains après la Saint-Jean, ou qu'ils sont noués, et raisins à la mi-septembre, sont réputés meubles, » dit Loysel, *Institutes coutumières,* n° 214.

II. DES IMMEUBLES PAR DESTINATION.

851. Les choses appelées *immeubles par destination* sont *mobilières* par leur *nature*.

D'après le droit romain, les choses mobilières étaient considérées comme immobilières seulement lorsqu'elles étaient *fixées* à un immeuble à perpétuelle demeure et qu'elles en faisaient partie (*vincta fixaque*). Ainsi, le bétail et les ustensiles agricoles garnissant une ferme (*instrumentum fundi*) n'étaient pas réputés immeubles, parce que ces choses n'étaient pas fixées au sol ni aux bâtiments (Fr. 14, D., *De supellectile legata,* 33, 10.)

Le code, de même que le droit romain, déclare immeubles généralement tous les objets mobiliers qui font *matériellement partie* d'un fonds et que le propriétaire y a attachés à perpétuelle demeure, par exemple les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage (art. 523). Le propriétaire est réputé avoir attaché des effets mobiliers à perpétuelle demeure à son fonds quand ils y sont scellés en plâtre, ou à chaux, ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent en être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. Les glaces, les tableaux et autres ornements d'un appartement sont aussi censés mis à perpétuelle demeure lorsque le parquet sur lequel ils sont attachés fait corps avec la boiserie. Par la même raison, les statues sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration ; car alors elles sont censées faire *partie* de la maison (art. 525). (Fr. 12, § 23, D., *De instructo legato,* 33, 7.)

Mais le code a beaucoup étendu le principe de l'immobilisation en déclarant immeubles les objets que le *propriétaire d'un fonds* y a placés *pour le service et l'exploitation* de ce fonds, tant qu'ils demeurent attachés au fonds. Tels sont, par exemple, les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences données aux fermiers ou colons partiaires, les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les ruches à miel, les poissons des étangs, les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et

tonnes, les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines, les pailles et engrais (art. 524).

Le mot *fonds* comprend non-seulement des fonds *agricoles*, mais également des fonds industriels et commerciaux. Ainsi les objets mobiliers que le propriétaire d'un hôtel y a placés pour le service de l'exploitation de l'hôtel, tels que meubles meublants, linges, cristaux, porcelaines, verreries, argenterie, sont immeubles par destination. (Brux., 4 mars et 15 juillet 1867; P. 1867, p. 183 et 324.)

Le mobilier industriel placé dans une usine pour son exploitation est frappé d'immobilisation. (Cass. fr., 15 juillet 1867; D., 1868, 1, 269.)

Il en est de même des bâtiments, machines, puits, galeries et autres travaux établis dans les mines à demeure, ainsi que des chevaux, agrès, outils et ustensiles servant à l'exploitation des mines (loi du 21 avril 1810, art. 8, alin. 2 et 3).

Si les objets mobiliers placés dans un immeuble par le propriétaire ne servent pas au service et à l'exploitation du *fonds*, ils conservent leur caractère mobilier. Ainsi ne sont pas immeubles par destination les effets mobiliers, destinés au service divin, qui ont été placés temporairement par le propriétaire dans un oratoire particulier. Un oratoire n'est pas un objet d'exploitation. (Liége, 2 juin 1860; P. 1861, 111.)

852. L'origine de cette extension remonte à l'ancien droit. Déjà plusieurs coutumes considéraient comme immeubles « les « grandes cuves et autres gros ustensiles qui ne se peuvent « désassembler ni transporter sans incommodité, les moulins tour- « nants à vent ou à eau sur bateaux, les pressoirs, etc. » (Loysel, *Instit. cout.*, n° 218.) Quelques-unes déclaraient immeubles les bestiaux servant à l'exploitation du fonds. (Merlin, *Rép.*, v° *Bestiaux*, n° 4.) De même, la déclaration du mois de mars 1685 porte que dans les colonies les esclaves sont meubles *s'ils ne sont attachés à la terre*, et l'ordonnance du mois d'août 1747 sur les substitutions, tit. I, art. 6, dispose que les bestiaux et ustensiles servant à l'exploitation d'une terre seront censés compris dans les substitutions de la terre, bien que le donateur ou le testateur ne l'ait pas expressément ordonné.

Pothier, dans son *Traité de la Communauté*, n° 44, énonce l'avis

que, dans l'intérêt de l'agriculture, « il serait à désirer qu'il y eût une loi qui attachât au domaine d'une terre celui des bestiaux qui servent à son exploitation et qui déclarât que ces bestiaux en feraient partie, afin que, par suite d'une transmission de propriété par succession, par contrat de mariage, par expropriation forcée, le fonds ne fût plus séparé des moyens nécessaires pour son exploitation. » Les auteurs du code ont adopté l'opinion de Pothier.

853. Les choses servant au service et à l'exploitation d'un fonds ne sont réputées immeubles que lorsque c'est le *propriétaire lui-même* de ce fonds qui les y a placées, ou lorsqu'il les a livrées *avec le fonds* au fermier ou au métayer pour la culture, tant qu'elles demeurent attachées au fonds par l'effet de la convention (art. 522, alin. 1).

Mais les animaux que le propriétaire donne à cheptel, à d'autres qu'à son fermier ou son métayer, sont meubles (art. 522, alin. 2).

Les choses placées par quelqu'un qui exploite le fonds à un *autre titre,* par exemple à titre de fermier, d'usufruitier ou d'emphytéose, ne cessent pas d'être meubles. Car alors ces choses n'ont, par rapport au fonds, qu'une destination *temporaire,* et elles suivent leur propriétaire, dès que son droit de jouissance aura fini. L'immobilisation suppose une destination permanente.

Par le même motif, les choses attachées au fonds même par le propriétaire ne sont plus immeubles dès qu'il les en aura détachées. Ainsi, la vente séparée de ces objets est une vente *mobilière*. Et, procédant du même ordre d'idées, il faut dire que même les choses qui par leur nature servent à l'agriculture conservent leur caractère mobilier si elles ne sont pas destinées au service et à l'exploitation *du fonds même* dans lequel le propriétaire les a placées; par exemple, les animaux, les pailles et engrais dépassant les besoins du fonds et destinés à un commerce ne sont pas immeubles.

L'énumération des objets mentionnés dans les articles 523, 524 et 525 n'est pas restrictive, mais seulement énonciative.

III. DES IMMEUBLES PAR L'OBJET AUQUEL ILS S'APPLIQUENT (art. 526).

854. Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent sont par leur nature des choses *incorporelles* ou des *droits*.

Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent :

1° Tous les droits réels (*jura in re aliena*) qui sont des démembrements du droit de propriété. Ce sont : l'usufruit et l'usage des choses immobilières, le droit d'habitation, l'emphytéose, la superficie, les servitudes ou services fonciers. De même la concession, accordée à une famille, de terrain dans un cimetière (Angers, 5 mai 1869, D. 1869, 198); la concession, même révocable, d'élever des constructions sur des terrains dépendant du domaine public. (Cass. fr., 10 avril 1867, D. 1867, 1, 398.) L'action résultant du contrat de louage pour le preneur est mobilière, parce qu'elle a pour objet une prestation personnelle de la part du bailleur. On s'est demandé pourquoi le code n'a pas mis le DROIT *de propriété*, tout aussi bien que les autres droits réels, parmi les choses qui sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent ? Il aurait sans doute pu le faire, mais il ne l'a pas fait, par suite du langage usité, qui confond la propriété qu'on a sur une chose avec la chose elle-même, et qui considère la chose comme formant le bien du propriétaire. L'objet de la propriété est rangé parmi les immeubles par leur nature.

2° Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. L'origine de cette règle, dont les termes ont été l'objet d'une vive critique de la part de plusieurs jurisconsultes, se trouve dans le fr. 15, D., *De regulis juris*, 50, 17 : « *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* » Toute action qui tend à réclamer un droit réel immobilier, et à en faire reconnaître l'existence, est immobilière. Cette règle ne comprend pas seulement les actions revendicatoires proprement dites, dont le fondement est un droit réel (*actiones in rem*), mais généralement toutes les actions qui tendent à faire rentrer un immeuble dans le patrimoine du demandeur, donc aussi les actions personnelles de leur nature, mais qui ont pour objet un immeuble, quels que soient le fondement et l'origine de ces actions. Ainsi, sont immobilières

l'action de faire annuler l'aliénation d'un immeuble pour cause d'erreur, violence, dol ou minorité (art. 1110, 1111, 1116, 1304), la révocation de la donation entre-vifs d'un immeuble (art. 953), l'action en réméré (art. 1659) et l'action en résolution de la vente d'un immeuble pour défaut de payement du prix (art. 1184, 1654). Il en est de même de l'action en rescision pour lésion de plus de sept douzièmes (art. 1674), bien que ce point soit à tort controversé; car le vendeur a le droit et n'a que le droit de reprendre l'immeuble, et non pas celui d'exiger un supplément de prix; mais l'acquéreur a la *faculté* de se libérer en suppléant le prix. L'action a donc pour objet direct un immeuble.

Une action qui aurait pour objet en même temps des meubles et des immeubles serait en partie mobilière, en partie immobilière.

855. On a soulevé la question de savoir si le droit d'hypothèque est mobilier ou immobilier? Selon nous, c'est un droit immobilier. (Voy. t. VI, n° 1726.)

856. Lorsque deux choses, dont l'une est mobilière, l'autre immobilière, sont dues alternativement, la qualité de la créance est tenue en suspens jusqu'au payement, lequel en détermine alors rétroactivement la nature. Elle est censée avoir été immobilière, si c'est l'immeuble qui est payé, ou mobilière, si c'est le meuble. (Pothier, *Traité de la communauté*, n° 74.)

CHAPITRE II.

DES MEUBLES. (Art. 527-536.)

857. Meuble est tout ce qui n'est pas immeuble d'après les définitions données aux n°s 848 à 856.

Il y a deux espèces de meubles :

1° Ceux qui le sont par leur *nature;*

2° Ceux qui le sont par la *détermination de la loi* (art. 527).

I. DES MEUBLES PAR LEUR NATURE.

858. « Sont meubles par leur nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux (*res sese moventes*), soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées (*res mobiles*). » (Art. 528.) Cette dernière distinction n'a pas d'importance juridique.

Ainsi sont meubles : les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux, et généralement toutes usines non fixées par des piliers et ne faisant point partie de la maison (art. 531). Les meubles ne perdent pas leur qualité par cela seul qu'ils sont destinés à occuper toujours la même place, à moins qu'ils n'aient été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation d'un fonds (art. 524, et *suprà*, nos 851-853).

De même, les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction (art. 532). Toutefois, si les matériaux n'avaient été détachés de l'édifice que momentanément, par exemple pour une réparation, mais en vue de les y replacer, ils conserveraient la qualité d'immeubles. L'article 532 suppose une démolition entière. (Fr. 17, § 10, D., *De act. empti venditi*, 19, 1 : « *Ea, quæ ex ædificio detracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt ; at quæ parata sunt, ut imponantur, non sunt ædificii.* »)

II. DES MEUBLES PAR LA DÉTERMINATION DE LA LOI.

859. Les choses qui sont meubles par la détermination de la loi sont par leur *nature incorporelles ;* ce sont des *droits*. N'ayant pas de *corps*, elles ne peuvent être rangées ni parmi les meubles, ni parmi les immeubles. Mais comme notre législation ne conçoit pas de biens qui ne doivent être compris dans l'une de ces deux classes (*suprà*, n° 846), elle a dû fictivement attribuer à ces choses une qualité que la nature ne leur donne pas. C'est pour ce motif que la loi attribue à certaines choses *incorporelles* le caractère d'*immeubles* (nos 854-856), et à d'autres le caractère de *meubles*.

Mais cette division des droits ou choses incorporelles n'est pas arbitraire ; elle a pour base la *nature* mobilière ou immobilière des *choses mêmes* qui sont l'objet de ces droits, ou auxquelles ces droits s'appliquent (n° 854). D'après ce principe, un *droit* est mobilier lorsqu'il a pour objet une *chose mobilière,* ou plutôt lorsqu'il *n'a pas* pour objet un *immeuble*. Car il y a aussi des droits dont l'*objet lui-même* n'est ni mobilier ni immobilier, par exemple ceux qui ont pour objet une obligation *de faire* ou *de ne pas faire* et les droits relatifs à l'état d'une personne, tels que la filiation, le mariage, la légitimité.

Le législateur n'a pas déterminé si ces droits sont mobiliers ou immobiliers. La question n'offre de l'intérêt que par rapport à la capacité de les poursuivre en justice. Faut-il pour qu'une personne incapable de contracter et d'ester en justice, ou son représentant légal, soit habile à les faire valoir, surtout les droits relatifs à l'état, les mêmes formalités et les mêmes autorisations que pour intenter les actions immobilières ou non?

Ces droits doivent-être considérés comme mobiliers, parce que nous ne trouvons aucune raison de les considérer comme immobiliers. Mais, à cause de leur importance même et par analogie, il est rationnel d'admettre que les conditions requises pour intenter une action immobilière puissent être quelquefois exigées pour intenter une action relative à une question d'état.

860. D'après le principe énoncé au numéro précédent, sont meubles par la détermination de la loi :

1° Les obligations de faire ou de ne pas faire (art. 1142);

2° Les obligations et actions qui ont pour objet une somme d'argent ou une autre chose mobilière.

L'article 529 dit : *qui ont pour objet des sommes exigibles.* Cela ne veut pas dire que les créances dont le terme n'est pas encore *échu* ne soient pas mobilières. Mais quel est donc ici le sens du mot *exigible ?*

Quelques jurisconsultes pensent que le législateur a déclaré meubles les *sommes exigibles* pour les distinguer des rentes foncières, dont le capital n'est *pas exigible,* et qui sous l'ancien droit étaient immobilières, et, qu'en ne statuant, dans l'article 529 (décrété le 25 janvier 1804), que sur les capitaux *exigibles,* il s'est réservé de déterminer ultérieurement la nature des rentes fon-

cières, ce qu'il a fait par l'article 530, décrété le 21 mars suivant, donc à peu près deux mois plus tard.

Cette explication est peu satisfaisante. Car l'exigibilité ou l'inexigibilité n'exerçait aucune influence sur le caractère mobilier ou immobilier de la créance à l'époque où l'article 529 fut adopté; témoin le deuxième alinéa du même article, qui déclare également meubles les rentes *perpétuelles,* dont le capital n'est pas exigible non plus.

Il est plus vraisemblable que c'est par une simple inadvertance que le mot *exigible* a été conservé dans l'article 529, puisé dans l'article 89 de la coutume de Paris, où le même terme se trouve, mais avec raison, pour distinguer les créances exigibles des *rentes perpétuelles,* lesquelles étaient immobilières d'après cette coutume.

3° Les créances ayant pour objet une chose mobilière, quand même elles seraient *privilégiées* ou *hypothéquées* sur un immeuble. Le privilége et l'hypothèque sont des accessoires qui ne changent pas la nature de la chose principale. Sur la nature du droit d'hypothèque même, voy., t. IV, n° 1726.

4° Les droits réels portant sur des choses mobilières, par exemple l'usufruit de meubles.

861. 5° Les rentes *perpétuelles ou viagères,* soit sur l'État, soit sur des particuliers (art. 529, alin. 2).

La *rente* est une redevance périodique consistant en argent ou autres choses fongibles. Elle se distingue de la créance ordinaire en ce que le créancier d'une rente ne peut pas en exiger le capital, mais seulement les prestations périodiques appelées *intérêts* ou *arrérages*. Autrefois on distinguait deux espèces de rentes perpétuelles, les *rentes foncières* et les *rentes constituées.*

862. *A*. La *rente foncière* est celle qui est établie comme prix de la vente d'un immeuble. Elle était créée par une convention appelée *bail à rente*. C'était un contrat par lequel on transmettait la propriété d'un immeuble sous la *réserve* d'une prestation annuelle en argent ou en denrées; c'est pourquoi la rente foncière était aussi appelée *rente réservée*. « Elle était établie dans l'instant même de la tradition du fonds », dit Portalis. (Exposé de motifs du décret du 21 mars 1804, Locré, VIII, 98.)

L'origine des rentes foncières est très-ancienne; « elle remonte

chez les divers peuples de l'Europe jusqu'au premier établissement de la propriété », dit Portalis. « Des guerriers, qui avaient conquis de vastes territoires qu'ils ne pouvaient ou ne voulaient cultiver eux-mêmes en faisaient la concession à des cultivateurs moyennant une redevance annuelle en fruits ou en argent. » (Locré, VIII, 98.)

La rente foncière était considérée comme un *démembrement du droit de propriété,* comme une délibation de l'héritage que le vendeur se réservait à l'instar d'un usufruit ou d'une servitude d'usage, mais avec cette différence que le droit qu'il s'était réservé était *perpétuel* et ne s'éteignait pas par sa mort. C'était un *droit réel,* un *jus in re,* une charge imposée *sur l'héritage,* et qui, pour ce motif, était due par *tout* détenteur en sa qualité de détenteur, lors même qu'elle n'avait pas été contractée par lui ni par celui à qui il succédait. Il ne pouvait s'en libérer que par l'abandon du fonds, appelé *déguerpissement.*

La rente n'était pas *rachetable,* c'est-à-dire le débiteur ou détenteur du fonds ne pouvait pas s'en affranchir contre la volonté du créancier par le remboursement d'un capital. Car la rente était un *démembrement,* une partie du droit de propriété, et le propriétaire ne peut pas être *contraint* à aliéner sa propriété.

863. *B.* La *rente constituée* peut être créée à titre gratuit ou moyennant l'abandon d'un capital pour lequel le débiteur paye une redevance annuelle. Ces rentes ne constituaient pas un droit réel sur le fonds, à moins qu'elles ne fussent hypothéquées; c'étaient des créances personnelles contre le débiteur, qui étaient *rachetables* par le remboursement du capital aliéné. (Voy. t. IV, nos 1374-1378.)

Suivant quelques coutumes, par exemple celle de Paris, les rentes constituées étaient immobilières; suivant d'autres, elles étaient mobilières.

864. Par l'article 6 de son décret du 11 août 1789, l'Assemblée constituante a déclaré *rachetables* toutes les anciennes rentes foncières perpétuelles, soit en nature, soit en argent, de quelque espèce qu'elles fussent, quelle que fût leur origine et à quelques personnes qu'elles fussent dues, et elle a fait défense de ne plus, à l'avenir, créer aucune redevance non remboursable. Le décret

des 18-29 décembre 1790 établit les principes généraux et règle le mode ainsi que le taux du rachat.

Ces deux décrets n'ont pas modifié le caractère *immobilier* des rentes foncières. Au contraire, l'article 3 du titre V du décret du 18 décembre 1790 dit que « la faculté de racheter les rentes foncières ne changera rien à leur nature immobilière, ni quant à la loi qui les régissait; qu'en conséquence, elles continueront d'être soumises aux mêmes principes, lois et usages que ci-devant, quant à l'ordre des successions, et quant aux dispositions entre-vifs et testamentaires et aux aliénations à titre onéreux ».

Mais par cela seul qu'elles avaient été déclarées rachetables, elles avaient perdu leur ancien caractère de *démembrements* du droit de propriété et étaient assimilées aux créances ordinaires.

En partant de cet ordre d'idées, l'article 7 de la loi du 11 brumaire an VII sur le *régime hypothécaire*, a disposé que « les rentes constituées, les rentes foncières et les autres prestations que la loi a déclarées *rachetables*, ne pourront plus à l'avenir être frappées d'hypothèque. »

Cette loi n'a pas formellement et sous tous les rapports mobilisé les rentes; mais la doctrine et la jurisprudence l'ont toujours considérée comme ayant eu cet effet.

865. La mobilisation de toutes les rentes n'a été proclamée d'une manière générale que par l'article 529, alinéa 2, du code : « Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes « perpétuelles et viagères, soit sur l'État, soit sur des particu- « liers. »

Cette disposition, décrétée le 25 janvier 1804, ne fait pas mention expresse de la rente foncière, et aucune autre disposition du code ne traitait de cette matière. Le législateur s'en est occupé avant de décréter la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) qui réunit tous les titres en un seul code. On était divisé sur l'utilité qu'il pourrait y avoir à rétablir les anciennes rentes foncières irrachetables. Après une discussion approfondie, le conseil d'État, dans la séance du 4 mars 1804, rejeta la proposition de rétablir les rentes foncières; et, afin que le silence du code touchant cette matière ne pût faire croire que les rentes seraient autorisées à l'avenir, il décida, dans les séances des 10 et 17 mars, que la disposition suivante, formant l'article 530, serait insérée dans le code :

« Toute rente établie en perpétuité pour le prix de la vente d'un immeuble ou comme condition de la cession à titre onéreux ou gratuit d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable.

« Il est néanmoins permis au créancier de régler les clauses et conditions du rachat.

« Il lui est aussi permis de stipuler que la rente ne pourra lui être remboursée qu'après un certain terme, lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute stipulation contraire est nulle. »

Les principaux motifs qui firent rejeter le rétablissement des rentes foncières étaient : 1° de dégrever le sol de toute charge perpétuelle, qui était souvent un obstacle à la libre circulation des biens; 2° d'effacer partout l'espèce de domination que ces rentes attribuaient au créancier sur le sol même, et qui était contraire aux principes de liberté, base de l'organisation de la propriété foncière depuis 1789; 3° enfin de prévenir de nombreux procès et vexations dont les rentes foncières étaient la source. (Locré, VIII, 78-99.)

866. Lorsqu'une rente établie pour le prix d'un immeuble a été stipulée irrachetable, ou rachetable seulement après un délai dépassant trente ans, le délai est réductible à trente ans, mais la convention n'est pas nulle (arg., art. 1660).

867. La mobilisation des rentes foncières a pour effet de les assimiler aux dettes ordinaires consistant en prestations périodiques. Donc, elles ne sont plus dues par le possesseur du sol comme tel, mais par les héritiers ou successeurs à titre universel de celui qui a contracté la dette; ainsi, par exemple, elles ne sont pas dues par les légataires du fonds. Le tiers acquéreur de l'immeuble grevé de la rente peut en faire la purge. (T. IV, n°s 1923 et suiv.)

Mais les rentes apportées en mariage avant la loi du 11 brumaire an VII ont conservé leur nature immobilière dans la liquidation des droits des époux, quand même le mariage se serait dissous depuis cette loi.

868. Sont encore meubles par la détermination de la loi :

6° « Les actions et intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces

actions et intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement tant que dure la société » (art. 529).

Intérêt est le genre, *action* est l'espèce. Le mot *action* désigne plus spécialement la part que l'on a dans une société anonyme, ou en commandite, ou à responsabilité limitée dans les pays où ces sociétés sont permises. Le terme *intérêt* désigne la part dans toute autre société quelconque.

869. A quelles sociétés s'applique la disposition qui précède? Il est certain qu'elle ne peut pas s'appliquer à *toutes* les sociétés quelconques, autrement il n'y aurait plus de copropriété immobilière *par indivis*. C'est ce que Tronchet faisait déjà entendre au conseil d'État, en disant : « qu'en principe, l'action est meuble lorsqu'elle ne *rend pas copropriétaire* des immeubles et ne soumet pas aux demandes qui peuvent être faites contre la société. » (Séance du 20 vendémiaire an XII, n° 22, Locré, VIII, 38.) Il faut donc faire une distinction, mais il est difficile d'en préciser la base et de formuler une règle exacte pour l'application de l'article qui nous occupe, et cette difficulté a été sentie par les auteurs du code.

Les expressions de la loi : *compagnies de finance, de commerce ou d'industrie*, ont déterminé quelques jurisconsultes à restreindre l'application de la disposition aux *grandes sociétés* qui portent ordinairement le nom de *compagnies*, et à ne pas l'étendre aux sociétés *commerciales ordinaires*; mais sans motif suffisant. Car la circonstance qu'une société est plus ou moins considérable ne peut avoir aucune influence sur la nature juridique des parts des associés.

La loi ne fait pas dépendre de la *forme* de la société le caractère de ses actions. Ce qui est certain, c'est que les actions des *sociétés anonymes* sont *mobilières*, quand même ces sociétés posséderaient des immeubles. Car pendant la durée de la société, c'est le *corps* ou l'être moral, la *personne morale* qui est propriétaire des immeubles, et non pas chacun des actionnaires. L'objet de chaque action est une chose incorporelle, c'est sa part constitutive d'une personnalité morale. Mais, rigoureusement parlant, la personnalité morale n'appartient qu'aux sociétés qui ont reçu ce caractère par la loi ou en vertu de la loi; toutefois nous ne croyons pas que ce soient les seules dont les actions soient répu-

tées meubles. Le texte de l'article 529 et l'esprit de la loi ne comportent pas cette restriction, bien qu'il soit difficile d'expliquer, d'après les principes juridiques rigoureux, comment un intérêt dans une société possédant des immeubles puisse être mobilier lorsque le *titulaire* de cet intérêt est *lui-même* directement propriétaire des choses sociales.

Nous croyons que le législateur s'est laissé guider par un but *d'utilité* plutôt que par la rigueur des principes, et qu'il a voulu faciliter la transmission et la circulation des actions des sociétés dont le capital est divisé en un grand nombre de petites fractions. Les opérations de ces sociétés seraient souvent entravées si, pour chaque mutation d'une action ou pour chaque aliénation d'un immeuble de la société, il fallait accomplir toutes les formalités prescrites pour l'aliénation des immeubles; ce serait surtout difficile si parmi les intéressés dans la société il y avait des mineurs ou des incapables.

Si telle a été l'intention du législateur, comme nous le pensons, l'article 529 a eu en vue les sociétés ou compagnies dont le capital est fractionné en un grand nombre d'intérêts ou d'actions, peu importe qu'elles soient faites dans la stricte forme des sociétés anonymes ou non, qu'elles soient *civiles* ou *commerciales*. Ainsi, en partant de ces vues, l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines déclare meubles, conformément à l'article 529 du code Napoléon, les actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines, bien que ces sociétés ne soient ni anonymes ni commerciales.

870. Mais ces actions sont réputées meubles à l'*égard de chaque associé* seulement, et tant que *dure* la société. Vis-à-vis de la société et des tiers en rapport avec la société, les immeubles conservent leur nature propre et peuvent être hypothéqués par elle.

Lorsque la société est dissoute, elle ne peut plus être propriétaire des immeubles, et chaque associé devient alors directement propriétaire par indivis des objets mobiliers et immobiliers qui dépendaient de la société. Si celle-ci avait des immeubles, le droit de chaque associé devient donc aussi immobilier. Il en est ainsi, à plus forte raison, après le partage de l'actif social.

871. Il résulte de la disposition que nous venons d'expliquer :

1° que les créanciers d'un associé ne peuvent pas acquérir hypothèque sur les immeubles de la société ni les saisir (Orléans, 26 août 1869, D., 1869, 2, 185); 2° qu'ils ne peuvent pas prendre inscription hypothécaire sur la part ou l'action de l'un des associés; 3° que ces actions tombent dans la communauté légale entre époux.

III: TERMINOLOGIE DU CODE.

872. Il s'élevait autrefois de grandes contestations sur l'acception des mots *meubles meublants, biens meubles, mobilier, effets mobiliers*, quand ils étaient employés dans les actes entre-vifs ou de dernière volonté. Pour faire disparaître cette incertitude, le législateur a fixé le sens précis de ces expressions. (Exposé de motifs, n° 15, Locré, VIII, 57.)

« Le mot *meuble*, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce » (art. 533).

« Les mots *meubles meublants* ne comprennent que les meubles destinés à l'usage et à l'ornement des appartements, comme tapisseries, lits, siéges, glaces, pendules, tables, porcelaines et autres objets de cette nature.

« Les tableaux et les statues qui font partie du meuble d'un appartement y sont aussi compris, mais non les collections de tableaux qui peuvent être dans les galeries ou pièces particulières.

« Il en est de même des porcelaines; celles seulement qui font partie de la décoration d'un appartement sont comprises sous la dénomination de *meubles meublants* » (art. 534).

« L'expression *biens meubles*, celle de *mobilier* ou d'*effets mobiliers* comprennent généralement tout ce qui est censé meuble d'après les règles établies aux articles 527 à 532 (*suprà*, n°s 858-871).

« La vente ou le don d'une maison meublée ne comprend que les meubles meublants » (art. 535).

« La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison ; tous les autres effets mobiliers y sont compris » (art. 536).

Toutefois, il ne faut pas appliquer cette terminologie à la lettre. Le code lui-même s'en écarte souvent, par exemple dans les articles 452, 453, 600, 603, 805, 807, alin. 2, 880, 1757, 2099, 2119, 2279, il emploie le mot *meuble* dans le sens de *mobilier* ou *effets mobiliers*.

De même, dans les dispositions de l'homme, il faut interpréter ces termes plutôt d'après l'intention des personnes qui ont parlé que dans le sens que leur donnent ces articles (art. 1156). (Marcadé, art. 536, I. Voy. conf., Brux., 30 juillet 1868; B. J., t. 26, 1091; Dijon, 30 décembre 1869, D., 1874, 5, 307; Grenoble, 25 janvier et Cass. fr., 10 février 1873, D., 1873, 2, 114; 1873, 1, 248.)

APPENDICE

DE QUELQUES AUTRES DISTINCTIONS DES CHOSES.

873. Dans les deux chapitres qui précèdent, le code ne traite que de la distinction des biens en meubles et immeubles; mais il y a encore d'autres distinctions qui ont une importance juridique et que l'on ne saurait passer sous silence.

A. *Des choses qui se consomment et des choses qui ne se consomment pas par l'usage.*

874. Les premières sont celles dont on ne peut faire l'usage auquel elles sont naturellement destinées sans les détruire matériellement, par exemple du vin, de l'huile, du froment, ou sans les faire sortir du patrimoine de celui auquel elles appartiennent, par exemple des marchandises faisant partie d'un fonds de commerce et destinées à la vente, l'argent comptant. Ces choses sont censées consommées aussi lorsqu'elles ont été mêlées à d'autres

objets du même genre, au point que leur individualité ne peut plus être reconnue.

Les choses qui ne se consomment pas par l'usage sont celles qui ne se détruisent pas par le premier usage que l'on en fait, bien qu'elles puissent se détériorer peu à peu par l'usage.

L'importance juridique de cette distinction se manifeste dans plusieurs matières; ainsi, par exemple, les choses qui se consomment par l'usage ne peuvent être l'objet d'un louage ni d'un prêt à usage (t. IV, nos 1120, 1135), ni d'un véritable usufruit, mais seulement d'un quasi-usufruit (art. 587; *infrà*, nos 1025-1030).

B. *Des choses fongibles et des choses non fongibles.*

875. Les choses sont *fongibles* lorsqu'elles appartiennent à un genre (*genus*) tellement homogène que tout corps ou tout individu (*species*) de ce genre équivaut à tout autre corps ou individu du même genre; par exemple, un hectolitre de froment d'une certaine qualité équivaut à un autre hectolitre de froment de la même espèce; une pièce de cinq francs équivaut à toute autre pièce de cinq francs. Les Romains les appellent : *Res quæ pondere, numero, mensura constant,* ou *quæ in genere suo functionem recipiunt.* (Fr. 2, § 1, D., *De rebus creditis,* 12, 1.) De là le nom de *choses fongibles.*

Les choses sont *non fongibles* lorsqu'elles ont une valeur particulière par leur *individualité.* C'est ce qui a lieu lorsque les corps déterminés, quoique appartenant au même genre, n'ont pas la même qualité et valeur; par exemple, dans le genre cheval ou vache, il y a beaucoup d'individualités de valeur différente.

Les choses se consomment ou ne se consomment pas par l'usage, suivant leur nature propre; mais elles sont fongibles ou non fongibles, ou par leur nature ou par suite de la volonté des parties contractantes; c'est une notion relative : par exemple, un exemplaire d'un livre peut être fongible ou non fongible ; il serait fongible si un libraire, pour servir une de ses pratiques, empruntait à un autre libraire un livre que lui-même ne possédait pas; le livre serait non fongible si le prêteur y attachait un prix d'affection, par exemple parce qu'il l'avait reçu de l'auteur lui-même.

876. L'importance juridique de cette distinction consiste en ce que celui qui est tenu à la restitution de choses fongibles se libère valablement en rendant d'autres choses de même espèce et qualité, tandis que les choses non fongibles doivent être restituées individuellement.

Les choses fongibles seules peuvent être l'objet d'une compensation (art. 1291; t. III, n° 237).

Ordinairement les choses qui se consomment par l'usage sont fongibles; par exemple, l'argent, le froment, l'huile; mais il n'en est pas toujours ainsi. Il ne faut donc pas confondre ces deux notions. Ainsi, par exemple, un exemplaire d'un livre peut être fongible quoiqu'il ne se consomme pas par l'usage. Les hypohtèses où les choses qui se consomment par l'usage ne sont pas fongibles sont plus rares; mais elles peuvent exister; par exemple si l'on prête une somme d'argent *ad ostentationem* (t. III, n° 1335).

877. La distinction en choses fongibles et non fongibles peut aussi s'appliquer aux faits de l'homme considérés comme objets d'une obligation. Il y a des obligations de faire, que l'on stipule en considération de la personne avec laquelle on contracte, et qui reçoivent une valeur particulière à cause de l'individualité de celui qui doit les prester, par exemple l'obligation de faire une œuvre d'art; il y en a d'autres qui n'ont pas ce caractère, par exemple le travail d'un manœuvre. Il y a des applications de cette distinction au t. III, n°s 59 et 164.

C. *Des choses principales et accessoires.*

878. Ces deux termes ont une signification purement *relative*; car par *elle-même* et par *sa propre nature*, une chose n'est ni principale ni accessoire, ou plutôt toutes les choses sont principales.

Ce n'est que par son rapport à un *autre* objet, par sa relation intime avec une *autre* chose, qu'une chose peut devenir *accessoire* de la première, appelée alors *principale*. Ainsi, par exemple, un cheval est une chose principale; placé par le propriétaire pour le service et l'exploitation d'un fonds, il en devient l'accessoire. Un cadre qui se trouve au magasin d'un marchand de cadres est une chose principale; lorsqu'il est attaché à un tableau, il en est

l'accessoire. Une clef dans le magasin d'un serrurier est une chose principale; placée sur la serrure de la porte d'une maison, elle en est devenue l'accessoire.

L'importance juridique de cette distinction, c'est que la chose accessoire suit toujours le sort et la condition de la chose principale. La première n'a pas d'existence propre; elle n'est pas en elle-même l'objet d'un droit propre et particulier; elle appartient au propriétaire de la chose principale. Il peut donc y avoir grand intérêt à savoir si, dans une hypothèse donnée, telle chose est ou non l'accessoire d'une autre (art. 546, 551 et suiv.; 1018, 1019, 1615).

879. Le rapport intime entre deux choses, qui fait que l'une est l'accessoire de l'autre, peut être établi par une disposition de la loi ou par la volonté de l'homme. Un semblable rapport existe :

1° Entre un immeuble par sa nature et les objets mobiliers qualifiés d'immeubles par destination;

2° Dans certains cas, entre des choses mobilières unies l'une à l'autre, mais dont l'une est déclarée être accessoire de l'autre (art. 566, 567);

3° Entre des choses dont l'une ou plusieurs sont censées comprises dans la donation, le legs ou la vente d'une autre, suivant l'intention présumée du donateur, du testateur ou des contractants (art. 1019, 1615).

CHAPITRE III.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT. (Art. 537-543.)

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

880. Dans les deux premiers chapitres, le code traite de la distinction des biens considérés *en eux-mêmes* ou d'une manière absolue; dans celui-ci, il traite des biens ou des choses dans leur rapport avec ceux qui les possèdent, c'est-à-dire qui en sont ou qui peuvent en être propriétaires. Tous les propriétaires n'ont

pas les *mêmes* droits sur leurs biens. La distinction des biens par rapport à ceux à qui ils appartiennent a donc une importance juridique. Nous traiterons d'abord de la distinction des choses par rapport à ceux qui les possèdent, ensuite des droits que l'on peut avoir sur les choses.

I. DE LA DISTINCTION DES BIENS PAR RAPPORT A CEUX QUI LES POSSÈDENT.

A. *Des choses susceptibles de droits et de celles qui n'en sont pas susceptibles.*

881. Il y a des choses qui ne sont susceptibles d'aucune espèce de droits; ce sont celles que la nature a destinées à l'usage commun des hommes, et qui, d'après les lois de la nature, ne peuvent être soumises à la domination exclusive de personne (*res communes omnium*), telles que l'air, la lumière, la mer, l'eau courante des rivières (art. 714; § 1, J. *De rerum divisione*, 1, 2). Mais ces choses ne sont pas exclues de tout droit d'une manière absolue; ainsi des parties détachées ou séparées de ces choses peuvent devenir des objets de droits; par exemple, le seau d'eau que je tire de la mer ou d'une rivière peut être ma propriété; la colonne aérienne qui s'élève au-dessus d'un immeuble est considérée comme appartenant au propriétaire de cet immeuble. (Fr. 22, § 4, D., *Quod vi aut clam,* 43, 24; art. 552, 672, 678.)

B. *Des choses dans le commerce et des choses hors le commerce.*

882. Le code mentionne plusieurs fois cette distinction (art. 1128, 1598, 2226). Les choses hors le commerce sont celles qui ne peuvent pas être objets de droits, ou qui sont frappées d'une inaliénabilité absolue; donc :

1° Les choses communes à tout le monde (n° 881);

2° Celles qui appartiennent à l'État, aux provinces et aux communes et qui sont destinées à l'usage de tous les citoyens, tant qu'elles ont cette destination (art. 538, 541, et *infra*, n°s 885-888);

3° Les choses dont une loi spéciale défend la fabrication, la vente ou la distribution, sous peine de confiscation, par exemple,

des armes secrètes, les imprimés pour la publication desquels on ne s'est pas conformé aux lois sur la presse (C. pénal, art. 314, 283-289; C. pén. b., art. 316-318, 300, 383-384).

Les choses frappées d'une inaliénabilité *relative*, comme les immeubles dotaux, ne sont pas placées hors le commerce.

Les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent être l'objet d'une acquisition, de la part des particuliers, ni par occupation, ni par convention, ni par usucapion (art. 1598, 2226).

C. *Des choses appartenant à des particuliers et de celles qui n'appartiennent pas à des particuliers.*

1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

883. Les choses peuvent appartenir à des particuliers ou à d'autres qu'à des particuliers. Cette distinction a de l'importance juridique.

1° Les particuliers, parmi lesquels il faut aussi ranger les personnes morales privées, qui ne se rattachent par aucun lien à l'organisation politique ou administrative de l'État, par exemple les sociétés anonymes, ont la *libre disposition* des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Ainsi, les particuliers gèrent et administrent leurs biens et en disposent comme ils l'entendent, sauf les restrictions légales du droit de propriété en général, et les règles particulières concernant les personnes incapables de disposer de leurs droits (art. 537, 544).

2° Les biens qui *n'appartiennent pas à des particuliers* sont *administrés* et ne peuvent être *aliénés* que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières (art. 537, alin. 2).

Treilhard donne en ces termes les motifs de cette distinction :

« Les biens appartenant à des particuliers sont les seuls dont le *code civil* doive s'occuper; les autres sont du ressort d'un code de *droit public*, ou de lois *administratives*, et l'on n'a dû en faire mention que pour annoncer qu'ils étaient soumis à des *lois particulières*. » (Exposé des motifs, n° 19. Séance du conseil d'État du 20 vendémiaire an XII, n° 29, Locré, VIII, 58, 40.)

884. Les biens qui n'appartiennent pas à des *particuliers* appartiennent à l'État, ou aux départements, ou, en Belgique, aux provinces, ou aux communes, ou à des établissements d'utilité

publique, c'est-à-dire à d'autres personnes morales dont l'existence se lie, à un degré quelconque, à l'organisation politique ou administrative du pays : ce sont les hospices, les bureaux de bienfaisance, les séminaires des évêchés, les fabriques d'église et certaines communautés religieuses autorisées par le gouvernement. (Voy. *suprà*, n° 81.)

Ces biens sont régis, quant à l'acquisition, l'administration et l'aliénation, par des règles spéciales tracées par les lois administratives. Ils sont administrés par des mandataires qui représentent le propriétaire, et ils ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi.

2. SPÉCIALEMENT DES BIENS APPARTENANT A L'ÉTAT.

885. Selon l'usage auquel ils sont affectés, on peut diviser en plusieurs classes les biens appartenant à l'État. Mais, sous le *rapport juridique*, il n'y a que deux espèces de biens à distinguer :

1° Ceux qui sont destinés à l'usage public ou commun des citoyens et que l'État doit entretenir dans ce but. Ils forment le *domaine public* proprement dit, bien que le code se serve de ce terme aussi dans un sens plus général, synonyme à celui de *propriété* de l'Etat. Ces biens sont *hors le commerce et inaliénables*; ils ne sont pas susceptibles d'une propriéte privée et ne peuvent, par conséquent, pas être acquis par prescription ou usucapion (t. IV, n° 2012; art. 538, 2226);

2° Les biens de l'État qui ne sont pas destinés à l'usage public. Ceux-ci, étant dans le commerce, sont susceptibles d'une appropriation privée et prescriptibles (art. 541, 2227).

886. 1° Les biens appartenant à la première catégorie sont ceux énumérés dans l'article 538, savoir :

a. Les *chemins, routes* et *rues à la charge de l'État*. Il y a trois espèces de routes ou chemins : les routes *nationales, royales* ou de l'État; les chemins *départementaux* ou *provinciaux*, qui sont la propriété du département ou de la province et à sa charge, et les chemins *vicinaux*, appartenant aux communes.

Les *rues* dont il s'agit ici sont les parties des routes de l'État qui traversent les villes.

b. Les *fleuves* et *rivières navigables* ou *flottables*. Les *fleuves* sont les grands cours d'eau qui se jettent dans la mer; les *rivières* sont

ceux qui se jettent dans un fleuve ou dans une autre rivière.

Une rivière est *navigable* lorsqu'elle porte bateaux; elle est *flottable* lorsqu'elle porte des trains ou radeaux de bois. Les cours d'eau qui sont flottables seulement à bûches perdues ne font pas partie du domaine public. (Proudhon, *Du domaine public*, t. III, n[os] 857-860.) Toutefois, ce point est encore controversé en Belgique.

c. Les *rivages de la mer*. On appelle *rivage de la mer* la partie du territoire sur laquelle s'étend ordinairement le plus grand flot et que l'on peut reconnaître par le gravier et les coquillages qui y sont déposés.

d. Les *ports, havres* et les *rades*. Les *havres* sont des espèces de ports qui restent la plupart sans eau à marée basse.

La *rade* est la partie de la mer dans laquelle les navires peuvent mouiller, c'est-à-dire jeter l'ancre et s'arrêter sans danger avant d'entrer au port.

e. *Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses* (art. 540).

f. Enfin *toutes les portions du territoire de l'Etat qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* (art. 538); ce sont toutes les choses destinées à un usage public. Dans cette catégorie il faut ranger les chemins de fer et les canaux de navigation. (Gand, 7 juillet 1835.)

887. 2° La seconde catégorie de biens sont ceux qui ne sont pas destinés à l'usage du public, mais dont l'Etat dispose à son gré, soit en les affectant à l'usage des autorités publiques, par exemple les édifices, soit en en tirant tous les profits qu'un particulier pourrait en tirer. Pour les distinguer de ceux de la première catégorie, on les a appelés *biens du domaine privé de l'Etat*. Ce sont:

a. Tous les *biens vacants et sans maître*, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées. (Déc. des 22 nov.-1[er] déc. 1790, relatif aux domaines nationaux, art. 3; code, art. 539, 713, 723, 768.)

b. Les *terrains, les fortifications et remparts des places qui ne sont plus places de guerre, et généralement tous les biens destinés à l'usage public, lorsque cette destination a cessé*. Ces biens appartiennent à l'État, s'ils n'ont été valablement aliénés, ou si la propriété n'en a pas été prescrite contre lui (art. 541). Cette disposition est une

innovation, l'ancienne législation française ne permettant pas la prescription contre l'État. Elle a pour but de rassurer les propriétaires de biens qui ont anciennement appartenu à l'État. (Rapport au Tribunat par Goupil-Préfelin, n° 11; Locré, VIII, 69.)

c. Les *lais* et *relais* de la mer. Les *lais* sont des alluvions que la mer forme le long des rivages.

Les *relais* sont les parties du sol que la mer laisse à découvert et abandonne en se retirant successivement.

L'article 538 range les lais et relais de la mer parmi les biens de la première classe, appartenant au domaine *public* de l'État; mais c'est par inadvertance; car l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807 sur le dessèchement des marais, qui permet au gouvernement *de concéder les lais et relais* de la mer aux conditions à régler, prouve que les lais et relais de la mer sont susceptibles d'une propriété privée, qu'ils n'appartiennent donc pas au domaine public inaliénable.

d. Les *îles, îlots, atterrissements qui se forment dans les lits des fleuves ou des rivières navigables ou flottables*, s'il n'y a titre ou prescription contraire (art. 560). (Cass. B., 9 déc. 1847, P. 1848, 134; B. J., t. 6, 1210.)

3. DES BIENS APPARTENANT AUX COMMUNES ET AUX DÉPARTEMENTS OU PROVINCES.

888. La distinction des biens de l'État que nous avons faite au n° 885 s'applique également aux biens des départements, des provinces et des communes. Il y a un domaine départemental, provincial et communal, *public* et *privé*. Le premier comprend les choses à l'usage public ou commun des citoyens, et ces choses sont inaliénables et imprescriptibles (arg., art. 538, 541). Les biens compris dans l'autre sont susceptibles d'acquisition privée et prescriptibles (art. 2227).

Parmi les biens de la dernière classe, on peut distinguer deux espèces :

1° Ceux qui appartiennent à la commune même comme *personne morale* et dont, en cette qualité, elle a la jouissance et la disposition : on les a appelés les *biens patrimoniaux* de la commune;

2° Les *biens communaux* proprement dits, dont les habitants de la commune, en *cette qualité*, mais *sicut singuli*, ont la propriété

et la jouissance, par exemple les pâturages ou les bois communaux. Ce sont ces derniers seulement que l'article 542 a en vue en disant : « Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis. »

D. *Des choses qui n'appartiennent à personne.*

889. Il est évident que les choses qui ne sont pas susceptibles de droits (*suprà*, n° 881) ne peuvent appartenir à personne.

Mais, parmi les choses susceptibles de droits, y en a-t-il qui n'ont pas de maître et qui appartiennent au premier occupant? Les articles 539 et 713, portant, le premier : « Tous les biens vacants et sans maître appartiennent au domaine public », et le second : « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'État, » ne semblent plus laisser place à l'occupation, et tel paraît avoir été aussi le sentiment de Treilhard, qui dit, au n° 19 de l'Exposé de motifs : « Déjà vous avez érigé en loi la maxime que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la nation ; conséquence nécessaire de l'*abolition du droit du premier occupant,* droit inadmissible dans une société organisée. » (Locré, VIII, 58.) Et c'est aussi l'opinion de Zachariæ : « En droit français », dit-il au § 173, « toutes les choses susceptibles de propriété ont, par cela même, un propriétaire. En effet, celles qui n'appartiennent ni à un particulier, ni à une communauté, appartiennent de plein droit à l'État. » Toutefois, au § 200, le même auteur admet le droit d'occupation, « en ce sens », dit-il, « qu'il est permis aux particuliers de s'approprier, par prise de possession, certaines choses qui appartiennent de plein droit à l'État ».

890. Cette opinion ne nous semble pas être celle du législateur; elle est réfutée par les travaux préparatoires du code.

L'article 3 du décret des 22 novembre-1er décembre 1790, relatif aux domaines nationaux, portait : « Tous biens et effets, meubles ou immeubles, demeurés vacants et sans maître..., appartiennent à la nation. »

L'article 2 des dispositions préliminaires du livre III du projet du code civil de la commission nommée le 24 thermidor an VIII était ainsi conçu : « Le droit civil ne reconnaît point le droit de

simple occupation. — Les biens qui n'ont jamais eu de maître, et ceux qui sont vacants comme abandonnés par leurs propriétaires, appartiennent à la nation; nul ne peut les acquérir que par une possession suffisante pour opérer la prescription.

« La faculté de chasser ou de pêcher est réglée par des lois de police qui lui sont particulières.

« Il en est de même des effets jetés à la mer et de l'invention d'un trésor. »

Dans le projet proposé par le comité de législation au conseil d'État, les mots *le droit civil ne reconnaît point le droit de simple occupation* avaient été retranchés, et le tribun Siméon, dans son discours au Corps législatif, n°s 2-4, explique de quelle manière le droit d'occupation existe encore. « L'occupation, sans autre titre, d'un immeuble », dit-il, « ne sera donc pas un moyen de l'acquérir... Quant aux choses mobilières, quoique par leur nature elles soient, même dans l'ordre social, susceptibles de l'occupation et de la détention continuelle, la société a dû *régler aussi la manière dont on les acquerrait*. C'est pour cela que l'occupation simplement et proprement dite n'est pas mentionnée même à leur égard. L'état social ne permet pas que la chasse, la pêche, les trésors, les effets que la mer rejette, les choses perdues, soient, *comme dans l'état de la nature*, au premier occupant. L'usage des facultés naturelles, les faveurs du hasard et l'avantage de la primauté ne doivent pas être en contradiction avec une propriété préexistante et mieux fondée. » (Locré, X, 277-278.)

Or, le code reproduit l'idée du projet et de Siméon, en disant, dans les articles 715 et 717, que la faculté de chasser ou de pêcher, ainsi que les droits sur les effets jetés à la mer et sur les choses perdues sont réglés par des lois particulières; en d'autres termes, le droit d'occupation des choses prises à la chasse ou à la pêche *existe*, mais il doit être exercé *conformément à la loi*, et non comme dans l'état de la nature. (Voy. *infrà*, n°s 915, 916.)

La preuve la plus manifeste que le code ne considère pas l'État comme propriétaire de *tous* les biens sans maître et qu'il n'exclut pas d'une manière absolue le droit d'occupation, c'est la disposition de l'article 716 relative au trésor. (Demolombe, t. IX, n° 461; voy. *infrà*, n° 920.)

II. DES DROITS QUE L'ON PEUT AVOIR SUR LES CHOSES.

A. *Introduction historique.*

891. La *propriété* est le pouvoir le plus absolu que nous puissions avoir sur une chose; elle renferme le droit de la posséder, d'en jouir, de l'aliéner et d'en disposer d'une manière absolue, illimitée et exclusive. De ce pouvoir si étendu on peut *démembrer* quelques éléments, les constituer en droits séparés et indépendants et les attribuer à une personne autre que le propriétaire : par exemple, Pierre est propriétaire d'un fonds ; Paul a le droit d'y passer, ou d'y puiser de l'eau, ou d'y mener paître ses bestiaux. Pierre reste propriétaire du fonds, mais ce fonds est aussi soumis au pouvoir partiel de Paul, lequel restreint celui de Pierre. Cette décomposition ou ces démembrements de la propriété peuvent être très-nombreux et très-variés, et parce que celui qui est investi des droits détachés de la propriété les exerce *directement sur la chose*, de la même manière dont le propriétaire y exerce sa domination, on les a appelés *droits réels sur la chose d'autrui* (*jura in re aliena*). Le droit romain connaît quatre espèces de démembrements du droit de propriété, ou de droits réels sur la chose d'autrui, ce sont : les *servitudes*, l'*emphytéose*, la *superficie* et l'*hypothèque* (ou le *gage*).

En dehors de ces droits réels, formellement reconnus comme tels par le droit romain, on peut s'en imaginer encore beaucoup d'autres.

« Le nombre des droits réels n'est pas nécessairement déterminé, pas plus que les différentes variétés possibles de ces droits ne sont définies par la nature même des choses. C'est là une œuvre de droit positif, sur laquelle le temps, les mœurs, le génie particulier des différents peuples, l'état plus ou moins avancé de la civilisation, et surtout la forme de l'organisation politique et sociale, exercent la plus profonde influence », dit avec raison M. Demolombe. (T. IX, n° 475.)

892. C'est surtout dans l'ancienne France que la décomposition de la propriété avait reçu plus de développement que partout ailleurs et qu'elle se présentait sous les formes les plus variées.

En **France**, comme partout où se sont introduites les institutions des nations de race germanique, nous rencontrons de bonne heure une décomposition ou division du droit de propriété en deux parties, dont l'une est appelée le *domaine direct*, l'autre le *domaine utile* (*dominium directum, utile*). Le système de cette décomposition de la propriété s'est surtout développé sous l'influence du droit féodal. Dans le principe, le vassal n'avait qu'un droit de jouissance révocable et très-restreint sur le fonds (*beneficium*) qui lui avait été concédé. Dans le cours du temps, ce droit s'est considérablement étendu; il est devenu héréditaire et s'est dégagé de la propriété comme un droit réel ayant une existence propre et individuelle, et susceptible d'être poursuivi par des actions particulières. Le vassal pouvait revendiquer contre tout le monde l'ensemble de ses droits, appelé *domaine utile* (*dominium utile*). C'est à cette division en domaine direct et domaine utile qu'on peut ramener les divers démembrements du droit de propriété. Mais il est impossible de définir avec précision les droits qui composaient le domaine direct et ceux que comprenait le domaine utile. On ne peut indiquer ce caractère que d'une manière générale et seulement avec une exactitude approximative.

Le domaine *utile* consistait dans la *jouissance réelle*, exercée comme un démembrement ou comme une *propriété partielle* de la chose.

Le domaine *direct* comprenait tous les autres droits de propriété, ainsi que le droit aux rentes, redevances et autres prestations que les détenteurs ou tenanciers payaient sous des noms les plus variés, soit pour la jouissance, soit en reconnaissance de la propriété directe.

Bien que le système féodal ait puissamment contribué à la décomposition de la propriété et à la théorie juridique qui en a été la conséquence, il faut cependant se garder de croire que toutes les charges qui grevaient anciennement le sol, comme des droits réels démembrés, aient eu un caractère ou une origine *féodale*. Beaucoup de ces prestations avaient le caractère d'une redevance purement *compensatoire* de la jouissance du fonds, ou, comme disent les auteurs, *foncière;* d'autres étaient *féodales* ou *seigneuriales;* et quelquefois la prestation connue sous le même nom dans diverses localités était *féodale* dans l'une et purement *fon-*

cière dans l'autre. La question de savoir si, dans un cas donné, la prestation était *seigneuriale* ou simplement foncière est devenue très-importante par la législation *intermédiaire*, qui a supprimé les premières, tandis qu'elle a conservé les autres. (Voy. *infrà*, n° 894.)

893. Pour bien faire comprendre et apprécier le caractère de la législation nouvelle concernant la propriété, nous croyons utile de tracer un tableau sommaire des principales charges et des principaux droits réels qui pouvaient grever le sol avant la révolution de 1789.

Nous avons déjà mentionné, au n° 891, les démembrements consacrés par le droit romain et reçus dans l'ancienne France. Les charges les plus communes d'origine non romaine sont :

1° Le *cens*. C'était une prestation annuelle déterminée, consistant ordinairement en argent, quelquefois en fruits de la terre, que devait payer le possesseur d'un fonds. Le plus souvent le cens était *féodal* ou *seigneurial*, constitué en reconnaissance de la propriété directe; quelquefois il était purement *foncier*, imposé en compensation de la jouissance du fonds, et alors il représentait le fermage; le premier était appelé *cens* tout court ou *chef-cens*; le second, *surcens* ou *croix de cens*;

2° Les *dixmes*, c'est-à-dire la redevance consistant dans la dixième partie de tous les fruits, y compris le croît des animaux. On distinguait les dixmes *cléricales* et les dixmes *inféodées* ou *laïcales*;

3° Le *champart* (*campi pars* ou *campi partus*). C'était une quote-part des fruits (par exemple la douzième gerbe) payée pour la concession d'un fonds. Il portait aussi la dénomination de *terrage*, *agrier*, *quart* ou *tiers raisin*, *complant*, et avait, dans quelques contrées, un caractère féodal remplaçant le *cens*, dans d'autres un caractère purement foncier. Quelquefois le champart n'était qu'un *bail à ferme* et le preneur avait les droits d'un colon partiaire;

4° La *rente foncière* (voy. *suprà*, n°s 861-864);

5° Le *complant*. Le propriétaire d'une terre cultivée ou non cultivée la cédait à un preneur à la charge de la *complanter*, c'est-à-dire de la planter d'arbres, le plus souvent de vignes, et de lui payer une redevance annuelle qui consistait ordinairement en

fruits et qu'on appelait *complanterie*. De même que le champart, le complant était quelquefois féodal, quelquefois purement foncier, et quelquefois il ne conférait au preneur qu'un droit personnel, semblable à celui du simple fermier (Demolombe, t. IX, n°s 498-500);

6° Le *bail à domaine congéable* ou *bail à convenant*, usité surtout en Bretagne. C'était une convention par laquelle le propriétaire louait son immeuble à une autre personne, en lui vendant en même temps les édifices et superficies qui y existaient, avec la faculté d'expulser et de *congédier* le preneur à l'expiration du temps convenu ou même à toute époque. Le preneur avait le domaine utile et devait une redevance annuelle appelée *rente convenancière* (Demolombe, n°s 501-504);

7° Le *bail à locatairie perpétuelle*. C'était un bail à perpétuité, beaucoup usité dans les pays de droit écrit, et analogue à l'emphytéose. Il y avait controverse sur le point de savoir si ce contrat transférait au preneur le domaine *utile*. La solution affirmative prévalut dans le ressort du parlement de Provence (Demolombe, n° 505);

8° Le *bail à vie*. Il était l'objet de la même controverse que le précédent. Mais l'opinion la plus générale était que le bail à vie ou même à longues années conférait au preneur le domaine utile (Demolombe, n° 509);

9° Les *corvées*. La corvée est un travail personnel que l'on doit exécuter pour le service ou l'avantage d'une autre personne. Les corvées étaient distinguées en *réelles* et en *personnelles*. Les premières avaient été imposées sur les *fonds* lors de la concession primitive qu'en avait faite le seigneur; de même que les rentes et les cens, elles devaient être acquittées par tout possesseur du fonds comme tel. Les corvées personnelles avaient été établies sur les *personnes*, sur les *habitants* d'une seigneurie, sans considérer s'ils étaient détenteurs d'héritages ou s'ils n'en possédaient pas. (Merlin, *Rép.*, v° *Corvée seigneuriale*.) Ces dernières n'étaient pas des charges réelles ou des démembrements de la propriété: elles grevaient les personnes et étaient probablement des restes de l'ancienne servitude;

10° Le *droit de chasse*. La chasse est une émanation du droit de propriété. D'après le droit romain, chacun peut chasser sur

son propre fonds. Au moyen âge, la chasse était un droit appartenant au seigneur féodal, que ce dernier s'était réservé sur le fonds dont il avait concédé la jouissance à une autre personne. L'ordonnance des eaux et forêts du mois d'août 1669, tit. XXX, art. 14 et 26, accorde le droit de chasse aussi aux seigneurs haut justiciers dans l'étendue de leurs hautes justices, mais seulement comme un droit honorifique, personnel et intransmissible;

11° On peut encore citer parmi les charges réelles le droit de *banalité*, qui consistait en ce que le seigneur pouvait exiger que les habitants d'une localité se servissent de son four, de son moulin ou de son pressoir moyennant une redevance, et en ce qu'il pouvait interdire à toutes personnes de construire, dans le ressort de la banalité, des moulins, des pressoirs et des fours. Ce droit était quelquefois purement conventionnel, quelquefois féodal.

Nous ne discuterons pas la question de savoir si la banalité a eu un caractère *réel* et a été originairement une partie de la concession d'un fonds, ou si elle était un reste de la servitude personnelle; il importe de constater que c'était en qualité de possesseurs de tel fonds ou en qualité d'habitants de telle localité déterminée que les personnes étaient soumises à ce droit, qui, par cela même, offrait beaucoup d'analogie avec les *corvées*.

894. La multiplicité des charges et des droits réels, et surtout le concours simultané et, pour nous servir des expressions de M. Demolombe, l'enlacement et l'enchevêtrement de ces droits sur les mêmes biens, étaient une source féconde de complications et de procès, et nuisaient beaucoup à la bonne exploitation et à la libre circulation des propriétés. Longtemps avant la révolution de 1789, les économistes avaient demandé l'affranchissement du sol français.

Ce fut un des premiers sujets dont s'occupa l'Assemblée constituante. Par son décret du 11 août (voté les 4, 6, 7 et 8 août), elle abolit le régime féodal, les justices seigneuriales, les dîmes, tous les priviléges, etc. L'article 1er de ce décret porte : « L'Assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal, et décrète que, dans les droits et devoirs tant féodaux que censuels, ceux qui tiennent à la mainmorte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle, et ceux qui les représentent, sont abolis sans

indemnité, et tous les autres déclarés rachetables, et que le prix et le mode du rachat seront fixés par l'Assemblée nationale. Ceux desdits droits qui ne sont point supprimés par ce décret continueront néanmoins à être perçus jusqu'au remboursement. »

Les décrets des 15-28 mars, 18-29 décembre 1790, 25-28 août 1792 et 17 juillet 1793 déterminaient plus spécialement quels droits étaient supprimés sans indemnité et quels droits étaient rachetables, en fixant le mode et les conditions du rachat des rentes foncières et autres charges réelles. Quant aux rentes, voyez *suprà*, n[os] 864-867. Les principes dominants de ces décrets, qui sont devenus la base de la législation du code en cette matière, sont : 1° le domaine utile est converti en pleine propriété; 2° suppression totale et sans indemnité de toutes les charges et redevances dont l'origine se rattache au régime féodal ou qui étaient mêlées de féodalité; 3° rachetabilité des redevances non entachées de féodalité.

C'est dans cet ordre d'idées que l'article 1[er] du décret des 28 septembre-6 octobre 1791, concernant les biens et usages ruraux et la police rurale, dispose : « Le territoire de la France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent : ainsi toute propriété territoriale ne peut être sujette envers les particuliers qu'aux redevances et aux charges dont la convention n'est pas défendue par la loi; et envers la nation, qu'aux contributions publiques établies par le Corps législatif, et aux sacrifices que peut exiger le bien général, sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » (Voy. *infrà*, n° 900.)

B. *Législation actuelle.*

895. L'article 543 du code porte : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. »

Le but de cette disposition est de confirmer de nouveau la proscription de toutes les autres espèces de décomposition du droit de propriété admises dans l'ancien droit. « Ainsi notre code abolit jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de *seigneurie féodale* et *censuelle* », dit Treilhard. (Exposé des motifs, n° 22, Locré, VIII, 60,)

896. Les droits peuvent se rapporter à l'homme et à sa personnalité même, ou bien aux choses du monde extérieur; les premiers s'appellent *personnels* ou *éminemment personnels*, les autres, *droits patrimoniaux*. (Voy. *suprà*, n° 844.)

Ces derniers sont *réels* ou *personnels*, appelés aussi *droits d'obligation*. (Fr. 25, D., *De obligationibus et actionibus*, 44, 7.)

Les droits *réels* (*jura in re*) sont ceux qui se rapportent directement à une chose et pour l'existence desquels il ne faut que *deux* éléments, une personne qui en est le *sujet* et la chose qui en est l'*objet*. Celui qui est investi d'un droit réel peut le faire valoir ou le revendiquer contre tout le monde par une action *in rem*, appelée *vindicatio*. Par exemple, j'ai la propriété ou l'usufruit d'une maison; je puis intenter une action revendicatoire ou *in rem* contre *tout individu* qui me conteste ce droit, afin que la maison soit soumise à ma domination entière ou partielle, à laquelle j'ai droit.

Les droits *personnels* (*jura in personam*) ont pour objet une *prestation* ou un fait de l'homme. Ils supposent nécessairement *trois éléments* : le sujet qui en est investi (le *créancier*), une autre personne *obligée* à faire la prestation (le *débiteur*) et une *chose* qui est l'*objet* de la prestation. Celui qui a un droit personnel ne peut agir que par une action personnelle (*in personam*) contre la personne qui lui est obligée. Il n'a pas un droit *direct* sur la chose que cette personne doit lui fournir, mais seulement un droit indirect relativement à cette chose, droit que les auteurs ont appelé *jus ad rem*. Par exemple, Pierre m'a vendu une quantité de grains, ou il m'a promis de me bâtir une maison. J'ai le droit d'avoir une quantité de grains, mais ce n'est pas un droit *réel* établi sur des choses déterminées; je n'ai donc un droit absolu sur rien; je puis exiger que Pierre me fournisse cette quantité, mais je ne puis l'exiger que contre Pierre seul, qui a contracté cette obligation envers moi.

Comme le droit réel implique une domination sur la chose, le même droit réel sur la même chose ne peut appartenir à deux personnes à la fois; de là la conséquence que lorsque plusieurs personnes ont acquis, à des époques différentes, le même droit réel sur la même chose, le droit acquis antérieurement l'emporte sur le droit acquis plus tard. (*Prior tempore potior jure.*)

897. Le code reconnaît formellement trois espèces de droits réels ; ce sont :

1° La propriété;

2° Les servitudes personnelles (l'usufruit, l'usage et l'habitation) et les servitudes réelles qu'il appelle aussi *services fonciers* ;

3° L'hypothèque (C. civ., art. 2114 ; loi hypothécaire belge, art. 41).

Si l'article 543 ne mentionne pas l'hypothèque, c'est parce que dans le chapitre où il est placé il ne s'agit que des droits qui donnent une domination directe sur la chose, et l'hypothèque n'attribue pas cette domination. (Voy. t. IV, n°s 1889-1892.)

898. C'est une question très-controversée que celle de savoir si, sous l'empire du code, l'emphytéose peut exister comme un *droit réel.*

Nous ne le croyons pas. La législation intermédiaire a converti tous les droits de domaine utile en pleine propriété, en proscrivant les démembrements perpétuels de ce droit ; c'est pour ce motif que toutes les rentes et redevances foncières ont été déclarées rachetables.

Il est vrai que le décret des 18-29 décembre 1790 a *maintenu* les rentes et les emphytéoses *non perpétuelles*. « Les baux à rentes ou emphytéoses non perpétuelles », dit l'article 1er, « seront exécutés pour toute leur durée, et pourront être faits à l'avenir pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous, etc. » Il est vrai encore que l'article 6 de la loi du 11 brumaire an VII, en classant l'emphytéose parmi les biens susceptibles d'hypothèque, l'a considérée comme un *droit réel*, et lui a ainsi conservé son ancien caractère.

Mais la loi du 30 ventôse an XII a *abrogé* le décret des 18-29 décembre 1790 qui maintient les emphytéoses temporaires, comme *droits réels*. De plus l'article 2118 du code civil n'a plus rangé l'*emphytéose* parmi les biens qui sont *seuls* susceptibles d'hypothèques. Enfin l'article 530, qui déclare rachetable toute rente foncière, l'article 543, qui énumère les droits réels que l'on *peut* avoir sur les choses, et l'esprit de toute la législation intermédiaire et du code, hostile à la décomposition, même temporaire, du droit de propriété, achèvent de prouver que l'emphytéose n'existe plus comme un *droit réel*, mais simplement comme un

droit personnel, semblable à celui qui résulte du contrat de louage. (Zachariæ, § 198; Demolombe, t. IX, n[os] 490, 491.)

Toutefois, la jurisprudence française et la plupart des auteurs penchent vers la doctrine opposée.

899. En **Belgique**, on peut avoir sur les biens, outre ceux qui viennent d'être mentionnés, encore les deux autres droits réels admis par les lois romaines, savoir le droit de *superficie* et celui d'*emphytéose*. Elles ont été formellement rétablies par les deux lois du 10 janvier 1824, et l'article 45, alinéa 2, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 les déclare susceptibles d'hypothèques. Mais il faut bien remarquer qu'à la différence du droit romain, ces deux lois ne permettent qu'un démembrement *temporaire*, et non une décomposition *perpétuelle* du droit de propriété. Ainsi, la superficie ne peut être établie que pour un terme qui n'excède pas cinquante années, sauf renouvellement, et l'emphytéose ne peut être établie pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans (loi du 10 janvier 1824, sur la *superficie*, art. 4 ; loi du même jour sur l'*emphytéose*, art. 2).

900. Les particuliers peuvent-ils établir d'autres droits réels et d'autres démembrements du droit de propriété que ceux admis par le code? Nous ne le pensons pas. Il est vrai que les termes de l'article 543 ne sont pas *restrictifs*; mais on ne comprend pas le but de cette disposition, si elle n'a pas voulu limiter les démembrements du droit de propriété. L'article 530 qui, en proclamant la rachetabilité des rentes foncières, défend de grever la propriété d'une charge perpétuelle, confirme cette interprétation. Enfin, la liberté et l'affranchissement du sol de toute espèce de charges qui pouvaient en entraver la division et la transmission était une des idées prédominantes de la révolution et de la législation intermédiaire. Ces entraves revivraient s'il était permis de multiplier à l'infini les démembrements de la propriété. (Demolombe, t. IX, n° 519.)

TITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ. (Art. 544-577.)

---

901. La principale source de ce titre est le droit romain.

I. DÉFINITION ET FONDEMENT DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

902. Par son existence dans l'espace, l'homme est en rapport nécessaire avec le monde extérieur; il peut disposer des choses de ce monde et il doit en disposer; c'est une condition de sa vie et de sa liberté. La liberté personnelle de l'homme est intimement liée à sa faculté de dominer les objets du monde extérieur; car l'homme n'est pas libre si l'espace lui manque pour se mouvoir, ou s'il n'a pas d'objets sur lesquels ou à l'aide desquels il puisse exercer son activité. La liberté de disposer des choses du monde extérieur est donc de droit naturel, comme la liberté personnelle elle-même, dont elle est une conséquence.

La domination de l'homme sur les objets de la nature peut s'exercer de beaucoup de manières et se manifester sous des formes très-variées. Les différentes manières dont elle peut avoir lieu ont servi de base au classements des *droits réels* dans les législations positives. La domination la plus étendue et la plus absolue que l'homme puisse exercer sur les choses est appelée le *droit de propriété* (*dominium*).

L'institution de la propriété est la réalisation du droit naturel de l'homme de disposer des choses du monde extérieur; elle concilie la liberté d'appropriation de chacun avec la même liberté de tous, en fixant les conditions de l'acquisition d'après lesquelles le concours du même droit sur la même chose est juridiquement impossible.

Le droit de propriété, dans le sens *subjectif*, est le droit de l'individu de disposer d'une chose selon sa volonté et à l'exclusion de toute autre personne (art. 544).

Dans le sens *objectif*, on appelle *droit de propriété* le rapport juridique ou immatériel qui existe entre l'homme et une chose, et en vertu duquel il peut disposer de cette dernière. Quelquefois on appelle aussi *propriété* la *chose même* qui est l'objet de ce droit.

903. D'après la définition romaine, la propriété ou le *dominium* est le droit de disposer d'une chose *corporelle*. La doctrine et la jurisprudence française emploient le mot *propriété* dans un sens plus étendu. Ainsi, on parle de la propriété d'une créance, de la propriété des productions de l'intelligence et des inventions de tout genre, et on assimile cette dernière, sous certains rapports, à la propriété des choses corporelles. En France, quelques charges ou fonctions sont aussi considérées comme une propriété, par exemple celles de notaire ou d'avoué.

904. La propriété se compose d'un élément *individuel* et d'un élément *social*; le premier est la base, le second est le régulateur de ce droit, et tous les deux doivent être combinés et harmonisés pour donner à la propriété un caractère organique.

La propriété, tout en étant définie un droit absolu, doit cependant se renfermer dans certaines limites. Le droit de chacun est nécessairement restreint par le même droit de tous les autres. La nécessité de cette restriction est pratiquement formulée par le code en ces termes : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* » (art. 544, 537).

905. La propriété peut avoir pour objet des *meubles* ou des *immeubles*; dans les deux cas, elle a le même caractère. Toutefois, comme, en *fait* et par sa nature, la propriété des meubles est moins certaine et moins stable que celle des immeubles, elle est aussi moins complète et moins bien garantie en *droit*. Cette différence, étrangère à la législation romaine, a sa source dans le droit coutumier.

II. DES DROITS RENFERMÉS DANS LA PROPRIÉTÉ.

906. On reconnaît deux éléments principaux dans le droit de propriété : l'un *positif*, la faculté de jouir d'une chose et d'en disposer, l'autre *négatif*, le droit de défendre à *toute autre personne*

de disposer de notre propriété. C'est pourquoi la définition du code n'est pas assez étendue. On peut dire que la propriété est le droit de disposer d'une chose de la manière la plus *absolue*, la plus *exclusive* et la plus *illimitée*. Examinons de plus près chacun de ces caractères.

907. 1° La propriété est *absolue*. Ainsi, on peut se servir de sa chose comme on veut, en abuser (*jus utendi et abutendi*), en changer la substance et même la détruire, sans autres restrictions que celles établies par les lois ou par les règlements dans l'intérêt général. Il suit de là, par exemple, que l'on peut impunément incendier sa propre maison lorsque cet incendie n'offre aucun danger pour la propriété ou pour la vie d'autrui (code pénal, arg. art. 434-437; code pén. belge, 510-518).

L'homme peut aussi, par sa propre volonté et au profit d'autrui, restreindre son droit de disposer de sa propriété d'une manière absolue; par exemple en établissant sur sa propriété la servitude de ne pas bâtir.

908. 2° La propriété est *exclusive*. Le propriétaire *seul* peut disposer de ce qui lui appartient. Comme une chose ne peut pas avoir deux possesseurs *in solidum*, elle ne peut pas avoir deux propriétaires qui auraient chacun la propriété entière. Deux pouvoirs absolus sur le même objet ne peuvent pas exister à la fois, de même que dans le monde physique deux corps ne peuvent pas en même temps occuper le même espace. (Fr. 5, § 15, D., *Commodati*, 13, 6.)

Mais une chose peut avoir *plusieurs* propriétaires, en ce sens que les droits renfermés dans la propriété sont exercés *collectivement par tous*, de telle sorte que le concours des volontés de tous est nécessaire pour disposer de la chose. Dans ce cas il y a *copropriété par indivis* ou *indivision* (*condominium pro indiviso* ou *communio*.

909. Si le droit de propriété de la même chose appartient à plusieurs personnes à la fois, chacune y a une part *idéelle* (*pro indiviso*) qui embrasse et pénètre toutes les parties matérielles de la chose. Nul n'étant alors propriétaire exclusif de la chose ni d'aucune partie de cette chose, il s'ensuit qu'aucun ne peut en disposer sans le consentement de son copropriétaire. Si l'un d'entre eux disposait seul de la chose commune, il empiéterait

sur le droit de son copropriétaire. Un seul copropriétaire peut donc, par son refus de consentir, empêcher tout acte de disposition. C'est pourquoi la loi romaine dit : *In re pari potior causa est prohibentis*. (Fr. 28, D., *Communi dividundo*, 10, 3; fr. 11, D., *Si servitus vindicetur*, 8, 5.) On ne peut donc pas prendre des résolutions par voix de majorité; elles ne lieraient pas la minorité. (Fr. 10, pr. D., *De aqua pluvia*, 39, 3.) Ainsi, un des propriétaires ne peut faire aucun changement de la substance de la chose commune; il ne peut pas non plus la louer ni la grever de servitudes.

Mais il peut faire de *sa part* toutes les dispositions qui ne portent pas atteinte au droit de ses copropriétaires; par exemple, il peut vendre, donner ou hypothéquer sa part indivise, et son successeur entre dans tous ses droits. (L. 3, C., *De communium rerum alienatione*, 4, 52; L. 12, C., *De donationibus*, 8, 54; L. *unica*, C., *Si communis res pignori*, 8, 21.)

Pendant la durée de l'indivision, chacun des copropriétaires a sa part dans les fruits naturels ou civils de la chose commune.

Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; chacun peut toujours exiger le partage, nonobstant convention contraire. La convention par laquelle les coïntéressés stipulent l'indivision n'est obligatoire que pour cinq ans, parce que la communauté est une source de querelles et de procès (*communio est mater rixarum*, art. 815).

Le partage ou la licitation est un moyen de mettre un terme aux dissensions, si les copropriétaires ne s'entendaient pas sur le mode d'administration de la chose commune. Mais si le partage ou la vente ne pouvait pas avoir lieu, pour une cause quelconque, le juge pourrait être invoqué pour se prononcer sur le mode temporaire d'administration, en conciliant, autant que possible, les intérêts et les volontés de tous les copropriétaires.

910. 3° La propriété est *illimitée* quant à sa durée; elle ne cesse que par la volonté du propriétaire, et non par la volonté d'autrui. Cela résulte de la nature même du droit de propriété, qui consiste dans un rapport immatériel et direct de l'homme à la chose, rapport indépendant des autres hommes; c'est donc de la volonté seule du propriétaire que dépend la cessation de ce rapport. En d'autres termes, nul n'est obligé à aliéner sa propriété malgré lui.

Il en est autrement des droits contre les personnes. Lorsque celui qui est obligé envers moi, mon débiteur, veut dissoudre (*solvere*) le lien de l'obligation par le payement de ce qui est dû (*solutio*), il ne dépend plus de moi de continuer ce lien; mon droit contre lui est éteint.

910 *bis*. En **France** et en **Belgiqu**, les règles sur les droits du propriétaire souffrent exception en ce qui concerne les bois et forêts dans lesquels l'Etat, les communes ou les établissements publics ont des droits de propriété *indivis* avec des particuliers. Ces bois et forêts sont soumis au régime forestier et sont administrés conformément aux dispositions du code forestier de l'un ou de l'autre de ces pays. (Code forestier **français** du 21 mai 1827, art. 1 et 2; code forestier **belge** du 19 décembre 1854, art. 1.)

911. Le droit de propriété une fois acquis n'est pas susceptible de se perdre *contre la volonté* du propriétaire par le *simple* non-usage, à moins qu'un autre ne l'ait acquise par des actes positifs de possession. (Pau, 29 juin 1870, D., 1872, 2, 6.) Il en est de même de la manière de disposer de sa propriété et de la cultiver, laquelle est pour le propriétaire un droit de pure faculté. (Code civ., art. 2232; Cass. fr., 28 juillet 1874; D., 1875, 1, 317.)

La règle que le propriétaire ne peut pas perdre et n'est pas obligé d'aliéner sa propriété souffre exception dans le cas où l'aliénation de la propriété serait nécessaire dans un but d'*utilité publique*. Alors le particulier doit céder sa propriété, mais sous les conditions et moyennant les garanties déterminées par la loi. « Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établie par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité. » (Constitution belge, art. 11; code civil, art. 545.) Car « les charges de l'État doivent être supportées avec égalité et dans une juste proportion. Or, toute égalité, toute proportion serait détruite, si un seul ou quelques-uns pouvaient jamais être soumis à faire des sacrifices auxquels les autres citoyens ne contribueraient pas ». (Portalis, Exposé des motifs, n° 8, Locré, VIII, 157.)

Les conditions et les formes de l'expropriation pour cause d'utilité publique sont réglées en **France** par la loi du 3 mai 1841 et en **Belgique** par les lois des 8 mars 1810; 17 avril 1835; 1er juillet 1858; 15 novembre 1867 et 27 mai 1870. L'expropria-

tion des terrains communaux incultes dans le but de défrichement est régie par la loi du 25 mars 1847.

912. La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle *droit d'accession* (art. 546). Ainsi, par exemple, la propriété d'un canal artificiel de dérivation d'eau, qui sert à l'alimentation ou de force motrice d'une usine ou d'un moulin est, jusqu'à preuve contraire, présumé appartenir au propriétaire de l'usine et du moulin. (Cass. fr., 3 déc. 1866 et 17 déc. 1867, D., 1867, 1, 126 et 484; 9 juin 1868, D., 1869, 1, 195; Toulouse, 16 déc. 1869, D., 1870, 2, 84; Nancy, 19 mars 1870, D., 1870, 2, 193; Cass. fr., 3 avril 1872 et 4 fév. 1873, D., 1873, 1, 131; 1874, 1, 122; Dijon, 17 déc. 1873, D., 1874, 2, 179, Cass. fr., 18 mai 1874, D., 1876, 1, 77.)

L'accession, c'est la réunion d'une chose à une autre, par suite de laquelle l'une devient l'accessoire de l'autre. Par suite d'une semblable accession, on peut devenir propriétaire d'une chose. Le droit d'accession est donc un mode d'acquérir la propriété (art. 712).

III. DES MODES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

Observations générales.

913. Trois éléments sont nécessaires pour constituer le droit de propriété.

1° Une *personne* capable qui l'exerce. En règle, *toute personne*, c'est-à-dire tout sujet de droit (*suprà*, n° 81) peut acquérir et exercer la propriété;

2° Une *chose* sur laquelle le droit de propriété est exercé. En général, toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent être objet du droit de propriété (*suprà*, n° 882);

3° Une *cause* qui donne à la personne le droit d'exercer sa domination sur une chose, ou un *mode légal d'acquérir* la propriété.

914. Les modes d'acquérir la propriété sont *universels* ou *particuliers* (*per universitatem* ou *singularum rerum*). Le code traite des premiers au titre *Des Successions*, Ier du IIIe livre.

Parmi les seconds, les uns reposent sur la *loi*, ou sur la *loi* et sur un fait *unilatéral* de celui qui veut acquérir; on les appelle modes d'acquisition *originaires*. Ce sont l'*occupation*, l'*invention*, l'*accession*, la *perception des fruits de la chose d'autrui*, la *spécification* et l'*usucapion;* les autres reposent sur la *volonté de l'ancien propriétaire* et sur la volonté de *celui qui veut acquérir :* on les appelle modes d'acquisition *dérivés*. Ce sont les *conventions* et les *legs à titre particulier*.

Dans ce livre, le code ne traite que de l'accession, de la perception des fruits de la chose d'autrui et de la spécification; il s'occupe des autres modes d'acquisition dans divers titres du IIIe livre. Nous suivrons cet ordre, sauf une transposition en ce qui concerne l'*occupation* et l'*invention*, qui ont leur place naturelle dans le titre *De la propriété*.

A. *De l'occupation.*

915. L'occupation est la prise de possession d'une chose qui n'a pas de propriétaire (*res nullius*) dans l'intention d'en acquérir la propriété (*animo dominium acquirendi*). « *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* », dit le fr. 3, pr., D., *De acquirendo rerum dominio*, 41, 1.

L'occupation était admise en droit romain. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, § 98.)

Depuis le moyen âge jusqu'à nos jours, beaucoup de jurisconsultes ont soutenu comme un principe que toutes les choses sans maître appartiennent à l'État, et que, par conséquent, il n'y a plus de place pour l'occupation. Mais jamais il n'y a eu de loi positive, ni en France, ni en Belgique, ni en Allemagne, qui ait consacré ce principe général. Toutefois, la théorie des lois romaines a été beaucoup modifiée dans ces pays par le droit coutumier et le droit féodal. Ainsi, par exemple, la chasse et partant l'acquisition des animaux sauvages par occupation n'était libre presque nulle part; en France, en Belgique et en Allemagne, c'était un droit réservé aux seigneurs des terres, qui pouvaient le céder aux vassaux. (Pothier, *Tr. de la propriété*, nos 32, 33; De Ghewiet, part. II, tit. IV, § 20.)

Nous avons établi *suprà*, nos 889 et 890, que nonobstant le

principe que les biens sans maître appartiennent à l'État, l'occupation est encore un moyen d'acquérir sous le code.

916. Les choses qui peuvent être acquises par occupation sont :

1° Les objets pris sur l'ennemi (*occupatio bellica*), en tant qu'il est permis de faire du butin. La loi ne s'en occupe pas;

2° Les choses dont l'usage est commun à tous, et tant qu'elles sont susceptibles d'un droit de propriété privée, par exemple l'eau que j'ai puisée dans une rivière (*suprà*, n° 881);

3° Les choses volontairement abandonnées par leur propriétaire (*derelictio*);

4° Le gibier et généralement tous les animaux sauvages. Tout propriétaire a le droit de chasser sur ses terres, en se conformant aux lois et arrêtés qui règlent l'exercice de ce droit (loi des 28-30 avril 1790).

Le droit de chasser est réglé aujourd'hui en **France** par la loi du 3 mai 1844, modifiée par celle du 22 janvier 1874; et en **Belgique** par la loi du 26 février 1846, modifiée par celle du 29 mars 1873, et par le décret du 4 mai 1812. Le propriétaire peut exercer lui-même ce droit ou le céder à autrui; mais tout chasseur doit être muni d'un port d'armes délivré par le préfet ou le gouverneur de la province;

5° Le poisson. La faculté de pêcher est réglée par plusieurs lois et arrêtés. Voici en résumé les principes généraux : la pêche dans la *mer* est libre pour tout le monde. Le droit de pêche dans les fleuves, rivières et canaux et leurs dépendances navigables ou flottables, dont l'entretien est à la charge de l'État, appartient à l'État ou à ceux qui en sont devenus les fermiers; les particuliers ne peuvent y pêcher qu'à la ligne flottante. Dans les autres cours d'eau, les propriétaires riverains ont le droit de pêcher, chacun de son côté, jusqu'au milieu.

En **France**, le droit de pêche fluviale est réglé par les lois des 15 avril 1829 et 31 mai 1861 et les décrets des 12 janvier et 10 août 1875.

En **Belgique**, le même droit est réglé par l'ordonnance du 13 août 1669, titres XXI et XXXII et par la loi du 14 floréal an x.

6° Les essaims d'abeilles. Aux termes du décret des 28 septembre-6 octobre 1791, titre I, sect. III, art. 5, le propriétaire

d'un essaim a le droit de le réclamer et de s'en ressaisir tant qu'il n'a point cessé de le suivre; autrement l'essaim appartient au propriétaire du terrain sur lequel il s'est fixé.

B. *De l'invention.*

917. Les choses perdues, dont le maître ne se représente pas, ne sont pas à proprement parler des choses sans maître (*res nullius*), parce que celui qui les a perdues n'en a pas *abandonné* la propriété; il n'a pas fait un acte de déréliction. Mais par cela même que le maître ne se présente pas ou ne peut pas être retrouvé, elles sont considérées comme si elles n'avaient plus de propriétaire.

918. A cette catégorie appartiennent :

1° Les choses perdues et égarées dont on ne retrouve plus le propriétaire, appelées *épaves* dans l'ancien droit.

D'après l'ancien droit, ces choses appartenaient au roi, ou, et c'était la règle la plus répandue, au seigneur féodal ou au seigneur justicier. (Pothier, *Propriété*, n°s 67, 68; De Ghewiet, part. II. tit. III, § 17, art. 12.) Ce droit a été aboli par le décret des 13-20 avril 1791. L'article 717, alinéa 2, du code dit que les droits sur ces choses sont réglés par des lois particulières, mais il n'existe aucune disposition *générale* statuant sur cet objet. Il n'y a que trois lois qui règlent les cas particuliers que nous allons mentionner.

a. La loi du 11 germinal an IV (31 mars 1796) attribue à l'État les effets mobiliers déposés dans les greffes et conciergeries des tribunaux à l'occasion de procès civils ou criminels terminés par jugement ou à l'égard desquels l'action est prescrite. Ces objets doivent être vendus ou portés à la Monnaie. Ceux qui se prétendent propriétaires de ces effets peuvent en réclamer la valeur dans le délai d'un an; passé ce terme, aucune réclamation ne sera reçue. L'ordonnance **française** du 22 février 1829 a étendu le délai de la prescription à trente ans. (Voy. Dalloz, *Rép.*, v° *Vente publique de meubles*, n° 9.)

b. Le décret du 13 août 1810 ordonne que les objets confiés, pour être transportés dans l'intérieur de l'empire, à des entrepreneurs de roulage ou de messageries par terre ou par eau, lors-

qu'ils n'auraient pas été réclamés dans le délai de six mois à compter du jour de l'arrivée au lieu de leur destination, seront vendus, par les préposés de la régie, au profit de l'État. Les propriétaires peuvent encore en réclamer la valeur pendant deux ans.

c. La loi **belge** du 28 février 1860 rend cette disposition applicable aux objets confiés aux exploitations des chemins de fer de l'État ou des sociétés concessionnaires, et non réclamés dans les six mois, ainsi qu'aux objets oubliés ou abandonnés dans les stations, les bureaux, les voitures, les salles d'attente ou autres dépendances de ces exploitations.

De même, d'après la loi **française** du 31 janvier 1833 sont définitivement acquises à l'État les sommes versées aux caisses des agents des postes pour être remises à destination, et dont le remboursement n'aura pas eté réclamé par les ayants droit dans un délai de huit années à partir du versement des fonds (Dalloz, *Répert.*, v° *Postes*, n° 14, p. 13) ; et d'après la loi **belge** du 22 avril 1849 sur la *réforme* postale, article 5, les objets de valeur trouvés dans les lettres tombées en rebut, et qui ne pourront être remis au destinataire ou à l'envoyeur, sont acquis au trésor s'ils n'ont été réclamés dans le délai de cinq ans, à partir du jour de leur dépôt à la poste.

On se demande si, dans les autres cas non prévus par des lois spéciales, les choses perdues appartiennent aussi à l'État, ou bien au premier occupant? Nous pensons qu'elles appartiennent au premier occupant. « En fait de meubles, la possession vaut titre, » dit l'article 2279, et les trois dispositions législatives spéciales, que nous venons de mentionner, seraient inutiles, si *toutes* les choses perdues appartenaient indistinctement à l'État.

En **Belgique**, le nouveau code pénal de 1867, article 508, punit d'un emprisonnement de huit jours à deux ans et d'une amende de 26 francs à 500 francs ceux qui, *ayant trouvé une chose mobilière appartenant à autrui* ou en ayant obtenu par hasard la possession, l'auront frauduleusement celée ou livrée à des tiers.

Cette disposition ne décide rien quant à la question de propriété pour le cas où le propriétaire de la chose ne se présente pas. Dans ce cas, la chose appartiendra donc à l'inventeur, alors

même qu'il l'aurait déposée au bureau de police. (Jugement du tribunal de simple police d'Arbois du 8 décembre 1864, D. 1868, 3, 105.)

Nous n'avons pas à nous occuper ici, au point de vue du droit criminel, des difficultés auxquelles peut donner lieu l'application de l'article 508. Quand peut-on dire que la chose trouvée appartient à autrui si le maître ne s'en présente pas ? Quand l'inventeur est-il réputé l'avoir *celée ?* Constatons qu'il a été jugé en France, par le jugement ci-dessus cité et par le tribunal de la Seine, le 4 avril 1865, que l'obligation, pour celui qui a trouvé un objet perdu, d'en effectuer le dépôt au bureau de police, ne résulte d'aucune loi, et que l'autorité municipale n'a pas le pouvoir de l'établir par un règlement de police. (D. 1868, 3, 106.) (Dans le même sens s'est prononcée la cour de cassation belge par arrêt du 13 avril 1863, P. 1863, 242.)

919. 2° Les objets jetés à la mer et ceux que la mer rejette, de quelque nature qu'ils puissent être (art. 717, alin. 1). Le droit d'occupation de ces choses, appelées *épaves maritimes* ou *varech*, était anciennement réglé, dans les Pays-Bas, par les édits et placards, par les coutumes et le droit romain. Le livre IV, tit. X, de l'ordonnance de 1681 sur la marine, qui réglait ce droit en France, n'a pas été publié en Belgique.

Les choses trouvées en pleine mer n'appartiennent pas à l'État; si le propriétaire n'en peut être retrouvé, elles appartiennent à celui qui les a trouvées, et ce dernier a, jusqu'à ce que le propriétaire se présente, le droit de les retenir. (Jugement du tribunal civil de Bruxelles du 23 décembre 1865, B. J., t. 24, 126.)

920. 3° La découverte d'un trésor. Le *trésor* est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard : *vetus quædam depositio cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat,* dit le fr. 31, § 1, D., *De acquirendo rer. dom.* 41, 1.

La propriété du trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds : si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds (art. 716).

Le code a adopté les règles du droit romain, qui étaient autrefois suivies en Allemagne et dans les Pays-Bas. (§ 39, J., *De rerum*

divisione, 2, 1; fr. 63, pr., D., *De acquir. rer. dom.*, 41, 1.) En **France**, le trésor appartenait autrefois pour un tiers au seigneur haut justicier dans le ressort duquel il avait été trouvé, pour un tiers au propriétaire du fonds et pour un tiers à celui qui l'avait découvert. (Pothier, *Propriété*, n° 64.)

Le trésor n'appartient à l'inventeur que lorsqu'il a été découvert par le *pur effet* du hasard. Ainsi, lorsqu'un tiers fait sans droit sur mon fonds des fouilles pour y chercher un trésor et qu'il le découvre, il ne lui appartient ni en tout ni en partie. De même, si le propriétaire d'un fonds y fait faire des fouilles par des ouvriers pour trouver un trésor et qu'il le trouve, les ouvriers n'y ont aucun droit. Mais si le propriétaire fait travailler dans tout autre but, le trésor découvert par les ouvriers leur appartient pour moitié. Car cette découverte est entièrement en dehors de l'objet du travail; c'est un hasard. (Paris, 15 janvier et 26 décembre 1825.)

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI EST PRODUIT PAR LA CHOSE. (ART. 547-550.)

921. En vertu du caractère exclusif du droit de propriété, les *fruits* de la chose appartiennent au propriétaire (art. 547).

Les fruits proprement dits sont les produits *naturels* et organiques des choses, par exemple la pomme de l'arbre, le croît des animaux. Mais, dans un sens figuré, on appelle *fruits* tous les avantages et toute l'utilité qu'une chose peut procurer, et en ce sens on parle des fruits *civils*, tels que les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes (article 584).

Les fruits *naturels* de la terre sont ceux qu'elle produit spontanément sans le secours de l'art, par exemple l'herbe, le bois. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. Les fruits *industriels* sont ceux que la terre ne produirait pas sans la

culture et le travail de l'homme, par exemple le froment (art. 583). Cette distinction est sans importance et sans effet juridique.

922. On distingue encore les fruits perçus et les fruits à percevoir (*fructus percepti et fructus percipiendi*); par ces derniers on entend non-seulement les fruits qui ne sont pas encore échus ou arrivés à la maturité, mais aussi ceux que le possesseur aurait pu retirer de la chose et qu'il a omis ou négligé d'en tirer.

Les fruits *naturels* sont censés perçus dès qu'ils ont été *séparés* du fonds et même avant leur enlèvement ; les fruits *civils* s'acquièrent jour par jour, de telle sorte que si le droit aux fruits civils d'une chose passe successivement à plusieurs personnes, chacune d'elles doit en obtenir une part proportionnée à la durée de son droit à la jouissance (art. 585, 586, 1570, 1571).

923. Les fruits naturels et industriels appartiennent au propriétaire par le seul effet de la nature. Tant qu'ils n'ont pas été *séparés* de la chose qui les a produits, ils en font partie intégrante (*fructus pars fundi videntur*).

Les fruits civils sont toujours perçus par suite d'une obligation ou d'une convention; par exemple, une chose ne peut produire des loyers ou fermages qu'en vertu d'un contrat de louage passé entre le propriétaire et le locataire.

924. Le propriétaire peut céder à une autre personne son droit de jouir de la chose, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Le droit à la jouissance peut être *réel*, par exemple celui de l'usufruitier, de l'usager, de l'emphytéote; ou simplement *personnel*, par exemple celui du fermier. Dans tous les cas où le droit de jouissance a été attribué à un tiers, celui-ci acquiert la propriété des fruits par la *séparation*.

925. Lorsque les fruits ont été perçus par une personne qui n'avait pas le droit de les percevoir, le propriétaire ou son ayant droit peut les répéter, mais à la charge de rembourser à celui qui les a perçus les frais des labours, travaux et semences, peu importe que ce dernier soit de bonne foi ou de mauvaise foi (art. 548). (*Fructus non intelliguntur nisi deductis impensis* ; L. 1, C., *De fructibus et litis impensis*, 7, 51.)

926. La règle que le propriétaire peut réclamer les fruits perçus par un tiers souffre exception lorsqu'ils ont été perçus par un *possesseur de bonne foi*. « Le simple possesseur ne fait les fruits

siens que dans le cas où il possède de bonne foi; dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique », dit l'article 549; § 35, J., *De rerum divisione*, 2, 1; fr. 28, D., *De usuris*, 22, 1.)

A la différence du droit romain, le code ne distingue pas entre les fruits *consommés* et les fruits *existants*. Ils appartiennent tous au possesseur de bonne foi.

927. La possession n'est pas un *droit;* c'est un simple *fait.* Pourquoi le possesseur de la chose d'autrui, quand il est de bonne foi, peut-il s'approprier les produits de cette chose ?

Les opinions des auteurs sur la raison juridique du principe qui attribue les fruits au possesseur de bonne foi sont très-divergentes; mais aucune ne parvient à le justifier d'après le strict droit. On peut expliquer l'acquisition des fruits de la part du possesseur de bonne foi par des raisonnements analogues à ceux sur lesquels repose l'usucapion et par des considérations d'équité.

L'usucapion a pour motif la possession et l'usage que l'on a fait de la chose, le travail et les soins qu'on y a appliqués. Or, la perception des fruits de la part du possesseur de bonne foi a un motif analogue. Mais ce motif seul ne suffit pas ; il vient s'y joindre une considération d'équité, exprimée en ces termes par Faure, dans son rapport au Tribunat, n° 8 : « Le possesseur de bonne foi, croyant que la chose lui appartenait, a joui des fruits comme d'un accessoire de sa propriété; on ne peut lui imputer aucune faute; et ce serait le punir comme coupable en le forçant à *restituer ce qu'il n'a peut-être plus.* » (Locré, VIII, 178.) Ce serait souvent ruiner le possesseur que de l'obliger à restituer les fruits d'un grand nombre d'années, qu'il a cru pouvoir consommer comme siens.

928. Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices (art. 550, alin. 1).

Les règles des articles 2267-2269 sur le titre et la bonne foi en matière de prescription ne sont pas applicables ici. Le titre translatif de propriété n'est pas ici une *condition distincte* de la bonne foi ; c'est l'élément ou le moyen de preuve de la bonne foi, parce qu'il est impossible d'admettre la bonne foi de celui qui possède absolument sans titre.

Le possesseur peut être de bonne foi, quand même son titre serait nul, soit pour un vice de forme ou de fond, que la nullité soit absolue ou relative. L'erreur de droit n'exclut pas la bonne foi.

La bonne foi est présumée à cause de la faveur qui s'attache à la possession et parce que c'est un fait *intérieur* qui ne peut pas être *prouvé*. C'est une question de fait que le juge apprécie d'après les circonstances.

929. La bonne foi peut exister par suite d'un *titre putatif*, c'est-à-dire d'un titre translatif de propriété qui s'applique à une chose autre que celle que possède le porteur du titre, mais que ce dernier croit devoir s'appliquer à cette chose. Par exemple, l'héritier croit qu'une chose qu'il possède fait partie de la succession; il fait les fruits siens. L'héritier apparent fait siens les fruits provenant de l'hérédité (art. 138).

930. Pour l'acquisition des fruits, il n'y a pas d'*accessio possessionis* comme pour l'usucapion (art. 2235). La raison de cette différence, c'est que l'usucapion est fondée sur la possession qui est un état permanent, dont le caractère est déterminé d'une manière invariable d'après son *commencement*, tandis que la perception des fruits n'est pas une *seule* acquisition, mais ce sont plusieurs acquisitions successives dont il faut considérer chacune isolément. *Magis est ut singula momenta spectemus*, dit Ulpien, au fr. 23, § 1, D., *De acquir. rer. dom.*, 41, 1. Dès que le possesseur commence à être de mauvaise foi, il n'est plus *in conditione acquirendi*.

Il suit de là : 1° que l'héritier de bonne foi peut acquérir les fruits d'une chose que son auteur possédait de mauvaise foi, sauf à restituer les fruits que son auteur a recueillis de mauvaise foi; 2° que l'héritier de mauvaise foi ne peut pas acquérir les fruits d'une chose que son auteur possédait de bonne foi. (Fr. 40, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1.)

931. Pour l'usucapion, il suffit que la bonne foi ait existé dans le principe : *mala fides superveniens non nocet* (art. 2269). Pour l'acquisition des fruits, la bonne foi doit perdurer. Le posseseur d'une chose perd le droit aux fruits dès qu'il cesse d'être de bonne foi. Il cesse d'être de bonne foi du moment où les vices de son titre lui sont connus (art. 550, alin. 2).

932. L'ancienne jurisprudence suivait en cette matière le droit romain, mais avec quelques modifications. Ainsi, en France et dans les Pays-Bas, le *bonæ fidei* possesseur était tenu seulement de restituer les fruits perçus depuis l'action revendicatoire intentée par le véritable propriétaire; il ne devait pas même rendre les fruits existants au moment de la revendication; il les gagnait comme des fruits consommés. (Pothier, *Propriété*, n° 341; Voet, *ad Pandectas*, l. 41, tit. I, n° 33.) Le code a admis ce principe.

En **France**, la restitution des fruits pour *mauvaise foi survenue* n'avait lieu qu'à partir du moment où le posseseur *avait été constitué en demeure et mauvaise foi*, au moyen d'une sommation judiciaire, aux termes de l'ordonnance de François Ier de 1539, art. 94. (Pothier, *Propriété*, n° 342.)

Aujourd'hui il suffit que le possesseur ait *connu* les vices de son titre pour être tenu à la restitution des fruits dès ce moment.

CHAPITRE II.

DU DROIT D'ACCESSION SUR CE QUI S'UNIT ET S'INCORPORE A LA CHOSE.

933. En vertu du droit d'accession, tout ce qui s'unit et s'incorpore à une chose appartient au propriétaire de cette chose (art. 551).

Il faut distinguer deux cas principaux qui font l'objet des deux sections suivantes : 1° l'accession à une chose immobilière; 2° l'accession relativement aux choses mobilières.

SECTION PREMIÈRE.

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES IMMOBILIÈRES (art. 552-564).

934. Nous distinguerons deux hypothèses principales : 1° l'accession d'immeuble à immeuble; 2° l'accession de meubles aux immeubles.

I. DE L'ACCESSION D'IMMEUBLE A IMMEUBLE.

935. Le code reproduit les quatre cas prévus par le droit romain, savoir : 1° l'alluvion; 2° l'*avulsio;* 3° l'île formée dans une rivière; 4° le changement du lit d'une rivière. Mais ses dispositions s'éloignent en plusieurs points de celles des lois romaines.

936. La plupart des coutumes refusaient aux propriétaires le droit à l'alluvion.

En **France**, les alluvions formées dans les rivières navigables ou flottables appartenaient au prince; celles formées dans les rivières non navigables ou flottables, au seigneur haut justicier. (Exposé des motifs, n° 21; Rapport au Tribunat, n° 15, Locré, VIII, 163, 182.)

Suivant quelques coutumes, par exemple celles de Franche-Comté, de l'Auvergne, le propriétaire qui perdait de l'un côté de la rivière pouvait prendre son indemnité de l'autre côté dans le terrain que l'eau laissait à découvert. (Merlin, *Rép.*, v° *Alluvion*, n° 4.)

Dans les **Pays-Bas**, les coutumes et la jurisprudence variaient beaucoup. Suivant quelques auteurs, se fondant sur un placard de Philippe II du 22 mai 1559, les alluvions appartenaient au prince, s'il n'y avait titre contraire, par exemple une concession spéciale. D'autres restreignent l'application de ce placard au cas où les fonds étaient limités par des travaux d'art, par exemple des digues, de sorte que l'alluvion était alors moins une accession qu'un fonds nouveau. (Voy. Voet, *ad Pandectas,* liv. XLI, tit. I, n° 15; Perez, *ad Codicem,* liv. VII, tit. LXI, n°s 7-9.)

Le code a rétabli en cette matière les règles du droit romain. qui anciennement n'étaient observées sans modification que dans les pays de droit écrit.

937. 1° « Les atterrissements et accroissements qui se forment *successivement* et *imperceptiblement* aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière s'appellent *alluvion*. L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non; à la charge, dans le premier cas, de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément aux règlements » (art. 556). Il en est de même de l'alluvion qui se

joint à une île formée au milieu d'une rivière, elle appartient au propriétaire de cette île. (Grenoble, 12 février 1872; D., 1873, 5, 381; Gand, 11 déc. 1873; P., 1874, 180.)

« Les alluvions doivent appartenir au propriétaire riverain, par cette maxime naturelle que le profit appartient à celui qui est exposé à souffrir le dommage. Des propriétés riveraines sont menacées plus qu'aucune autre. Il existe pour ainsi dire une sorte de contrat aléatoire entre le propriétaire du fonds riverain et la nature, dont la marche peut à chaque instant ravager ou accroître ce fonds. » (Portalis, Exposé de motifs, n° 21, Locré, VIII, 164.)

L'existence d'un chemin de halage ne forme pas obstacle au droit d'alluvion. Car le chemin de halage est une *servitude légale* (art. 650) sur le terrain qui longe la rivière; mais le chemin est la *propriété* du propriétaire du terrain.

Si la rivière est longée par un chemin public appartenant à l'État ou à la commune, l'alluvion profite au propriétaire du chemin.

938. 2° La même règle s'applique aux relais que forme l'eau courante qui se retire *insensiblement* de l'une de ses rives en se portant sur l'autre : le propriétaire de la rive découverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu. Ce droit n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer, parce que les rivages de la mer appartiennent à l'État; ce qui y accède doit donc aussi lui appartenir (article 557, et *suprà*, n° 887, *c*.)

939. 3° L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs qui sont dans le domaine particulier. Le propriétaire du lac ou de l'étang conserve toujours l'étendue du terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume d'eau vienne à diminuer; ses limites restent les mêmes. Dans les crues extraordinaires, il ne gagne pas le terrain d'autrui que l'eau de son étang couvre; si l'eau diminue, le terrain qu'elle a mis à découvert reste sa propriété, quand même ce terrain formerait la continuation d'un fonds d'autrui. (Fr. 12, pr., D., *De acquir. rer. dom.*, 41, 1 (art. 558.)

B. *De l'avulsio.*

940. C'est le cas prévu par l'article 559, ainsi conçu : « Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain, et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut réclamer sa propriété; mais il est tenu de former sa demande dans l'année : après ce délai, il ne sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée a été unie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci. »

Cette disposition a pour source une interprétation erronée du fr. 7, § 2, D., *De acquirendo rerum dominio,* 41, 1, mais généralement admise par les commentateurs. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain,* § 101, observation finale.)

D'après le droit romain, *bien interprété,* le propriétaire du champ auquel la partie enlevée s'est jointe n'acquiert *point cette partie même,* mais il acquiert seulement *les arbres* qui ont pris racine dans son champ; § 21, J., *De rerum divisione,* 2, 1. Quoi qu'il en soit, les interprètes admettaient que la partie enlevée ne pouvait plus être revendiquée lorsqu'elle s'était *unie* à l'autre fonds.

Aujourd'hui, le propriétaire de la partie enlevée peut *toujours* la revendiquer, tant que le propriétaire du fonds inférieur n'en a pas *pris possession.* Mais la possession prise, l'action revendicatoire ne peut plus avoir lieu *après l'année.* « Un plus long terme prolongerait l'incertitude des nouveaux possesseurs, et retarderait la culture de leurs nouvelles terres.» (Rapport au Tribunat, n° 17, Locré, p. 185.)

Le délai d'une année est une véritable *déchéance,* non une prescription). Pour repousser la revendication, il n'est pas nécessaire que le propriétaire du fonds inférieur ait eu une possession annale de la partie enlevée; le délai commence à courir du moment où la partie enlevée s'est jointe au fonds inférieur.

Dans l'ancienne France, les terrains ainsi enlevés appartenaient au souverain ou au seigneur, suivant les distinctions faites ci-dessus au n° 939. (Pothier, *Propriété,* n° 159.)

C. *De l'île formée dans une rivière.*

941. Les îles, îlots, atterrissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières *navigables* ou *flottables*, appartiennent à l'État, s'il n'y a titre ou prescription contraire (art. 560).

C'est une conséquence du principe que le lit des rivières navigables et flottables appartient au domaine public. Les îles qui s'y forment font partie de ce lit (art. 538 et *suprà*, n° 887, *d*). Le lit même de ces rivières est *inaliénable* et *imprescriptible*, mais l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité ne s'étendent pas aux îles qui s'y forment; c'est pourquoi le législateur a ajouté les mots : *s'il n'y a titre ou prescription contraire.* (Séance du conseil d'État du 27 vendémiaire an XII, n° 14, Locré, VIII, p. 126.)

942. Les îles et atterrissements qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables appartiennent aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée : si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés, à partir de la ligne qu'on suppose tracée au milieu de la rivière (art. 561). L'île appartient à chacun des riverains en raison de l'étendue du front que sa propriété présente à la rivière.

La raison juridique de l'acquisition de ces îles, c'est que le lit des rivières est considéré comme la propriété par moitié des riverains de chaque côté. Tout ce qui se forme dans le lit appartient donc aux propriétaires riverains.

943. Si une rivière ou un fleuve, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable (art. 562).

Dans ce cas, ce n'est pas une *nouvelle île* qui se forme; le propriétaire conserve un débris de sa propriété.

944. Les dispositions énoncées aux trois numéros qui précèdent sont conformes au droit romain, sauf la distinction entre rivières navigables et flottables et celles qui ne le sont pas.

En **France** et dans les Pays-Bas, les îles qui se formaient dans une rivière appartenaient à l'État. (Pothier, *Propriété*,

n° 161; Vinnius, *Institutiones*, liv. II, tit. I, § 22, n° 7.) Il en était autrement d'après quelques coutumes locales, qui attribuaient les îles, sous certaines conditions, aux propriétaires riverains.

D. *Du changement de lit d'une rivière.*

945. Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, *à titre d'indemnité*, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé (art. 563). Cette disposition n'est applicable qu'au cas de changement *naturel* et *accidentel* du lit de la rivière; elle ne s'applique pas au cas d'un changement artificiel fait par le travail de l'homme; alors l'indemnité du propriétaire sur le terrain duquel le nouveau lit est creusé est réglée ou par la convention, en vertu de laquelle ce travail a été fait, ou par les règles sur l'expropriation forcée pour cause d'utilité publique. (Cass. fr., 6 nov. 1867; Paris, 2 février 1872; D., 1871, 1, 245; 1874, 5, 409.)

Selon le droit romain, le lit abandonné appartenait, par droit d'accession, aux propriétaires riverains, d'après les mêmes règles que l'île qui se forme dans une rivière; et le nouveau lit que la rivière s'était creusé était public comme l'était l'ancien. (§ 23, J., *De rerum divisione*, 2, 1; fr. 7, § 5, D., *De acquir. rerum dom.*, 41, 1.) Mais déjà Gajus avait manifesté un doute sur l'équité de cette décision, en ajoutant les mots: *Sed vix est ut id obtineat.*

L'ancienne jurisprudence française n'avait pas unanimement adopté cette règle du droit romain. Dans les pays de droit écrit, on était partagé; plusieurs tribunaux, par exemple le parlement de Toulouse, attribuaient le lit abandonné aux propriétaires des fonds sur lesquels la rivière établissait son nouveau lit; d'autres suivaient la rigueur du droit romain. Le code a adopté la solution la plus équitable.

Dans les pays de coutumes, le lit abandonné appartenait au domaine ou au seigneur haut justicier, selon que la rivière était ou n'était pas navigable ou flottable. (Séance du conseil d'État du 27 vendémiaire an XII, n° 17, Locré, p. 128-129.)

II. DE L'ACCESSION DE MEUBLES A UN IMMEUBLE.

946. Lorsque plusieurs choses ont été unies de manière qu'elles ne forment qu'une seule chose et qu'elles ne peuvent être séparées qu'en endommageant ou en détruisant l'une ou l'autre, le propriétaire de la chose *principale* acquiert aussi la propriété de la chose *accessoire*. Toutes les fois qu'une chose mobilière est unie à un immeuble, l'immeuble est le principal, la chose mobilière en est l'accessoire et appartient au propriétaire de l'immeuble : *Solo cedit quod solo inædificatur, implantatur;* en d'autres termes : la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (art. 552; *suprà,* n° 849).

D'accord avec le droit romain, l'article 552 proclame le principe que le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des *Servitudes* ou services fonciers; et qu'il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs *aux mines*, et des lois et règlements de police.

947. Contrairement au droit romain, le code admet qu'il *peut* y avoir deux propriétaires différents, l'un du *sol*, l'autre des constructions qui se trouvent *sur* le même sol ou du souterrain *sous* ce sol. Mais en vertu du principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, toutes les constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont *présumés faits* par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est *prouvé*. C'est une présomption *juris tantum*. Un tiers peut acquérir, par titre ou par prescription, la propriété soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. Mais c'est à lui d'en faire la *preuve* (art. 553, 664). (Cass. fr., 22 nov. 1869; D., 1870, 1, 274.)

948. Malgré la présomption mentionnée au numéro qui précède, il arrive souvent que des constructions, plantations et ouvrages sont faits avec des *matériaux qui n'appartiennent point au propriétaire du sol*. Il faut alors distinguer diverses hypothèses :

1° Le propriétaire du sol *lui-même* a fait des constructions,

plantations et ouvrages avec des *matériaux qui ne lui appartenaient pas*. Il est propriétaire du bâtiment en vertu du droit d'accession, et par conséquent aussi des matériaux, qui ont perdu leur existence propre comme tels, et qui se sont identifiés avec l'immeuble. C'est pourquoi le propriétaire de ces matériaux ne peut pas les enlever, peu importe que le constructeur ait été de bonne ou de mauvaise foi. Cette dernière disposition a un double motif : d'abord la raison *juridique* tirée du droit d'accession que nous venons de mentionner, puis un motif d'*utilité*, que voici : on ne voulait pas forcer quelqu'un à démolir un édifice pour satisfaire aux exigences du droit du propriétaire des matériaux (*ne urbs ruinis difformetur*). Cette règle se trouvait à Rome déjà dans la loi des Douze Tables, laquelle accordait au propriétaire des matériaux une action personnelle, appelée *de tigno juncto*, par laquelle il poursuivait la double valeur des matériaux contre le constructeur, sans distinguer si ce dernier avait agi de bonne ou de mauvaise foi. (Maynz, *Cours, etc.*, § 102, B., 1°.)

L'action *de tigno juncto* en payement du double de la valeur était, sous l'ancienne jurisprudence, tombée en désuétude : le propriétaire des matériaux ne pouvait demander que la simple valeur, et des dommages-intérêts, s'il y avait lieu. (Voet, *ad Pandectas*, liv. XLVII, tit. III, n° 2.)

C'est aussi le système du code. Le constructeur doit payer la simple valeur des matériaux, parce qu'autrement il s'enrichit aux dépens d'autrui ; il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts s'il y a lieu ; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever (art. 554). (Rapport au Tribunat, n° 13, Locré, VIII, 180.)

949. Nous croyons que la règle dont il est question au numéro précédent ne s'applique qu'aux matériaux qui sont unis au sol, et qui ne peuvent plus en être commodément séparés. S'il s'agissait d'objets qui ont été seulement placés à perpétuelle demeure, et qui peuvent être facilement enlevés, par exemple une statue, un tableau, le propriétaire aurait le droit d'en demander la restitution.

950. 2° Un *tiers* a fait les constructions, plantations et ouvrages avec *ses propres matériaux* sur un fonds d'autrui : dans aucun cas, il ne peut les *enlever malgré le propriétaire du fonds*,

parce que celui-ci en est devenu propriétaire par droit d'accession. Les plantations faites par un tiers appartiennent au propriétaire et non à celui qui a seulement le droit de planter sur cette propriété. (Cass. belge, 28 fév. 1878; P., 1878, 138.) Mais quant aux autres conséquences, il faut distinguer :

A. Le propriétaire des matériaux a été de *mauvaise foi.*

D'après les lois romaines, il n'avait aucun droit de revendiquer ses matériaux tant que l'édifice existait, ni aucun droit à une indemnité contre le propriétaire du fonds; ce n'était qu'après la démolition de l'édifice qu'il pouvait revendiquer ses matériaux. L. 2, C., *De rei vindicatione,* 3, 32. Le propriétaire du fonds avait le droit de les retenir ou d'*obliger le tiers à les enlever.*

En droit français, le propriétaire du fonds a aussi le droit ou de retenir les constructions et autres ouvrages, ou d'*obliger le tiers à les enlever.*

Si le propriétaire du fonds demande la suppression des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui; il peut même être condamné à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, pour le préjudice que peut avoir éprouvé le propriétaire du fonds. Si, en les enlevant, le tiers dégrade le fonds, il doit réparer les dégradations.

Mais si le propriétaire du fonds préfère conserver ces plantations et constructions, il doit le remboursement de *la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre,* sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir (art. 555, alin. 3). Les auteurs du code motivent ce changement du droit romain sur ce que le propriétaire du fonds, en voulant retenir ces ouvrages, les *approuve,* et que, dès qu'il les approuve, il est censé les avoir commandés lui-même; et comme il eût été obligé de les payer, si dans le principe il les eût fait faire, son approbation ultérieure l'assujettit aux mêmes obligations. (Faure, Rapport au Tribunat, n° 14, Locré, p. 181.)

951. *B*. Le propriétaire des matériaux a été de *bonne foi,* c'est-à-dire un possesseur de bonne foi, qui, ayant été évincé par le véritable propriétaire, n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits.

Le propriétaire du fonds ne peut pas demander la suppression

de ces ouvrages, constructions ou plantations; mais il a le *choix* ou de rembourser *la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre*, ou de rembourser *une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur* (art. 555, alin. 3). Cette disposition, qui manquait dans le projet primitif, a été ajoutée sur l'observation du Tribunat.

Le propriétaire ne peut pas compenser les améliorations ou plantations avec les fruits que le possesseur a perçus.

Les matériaux et la main-d'œuvre doivent être remboursés sur le pied du prix au moment où les ouvrages ont été faits, et non sur le pied de la valeur au moment où ce remboursement est demandé. (Pau, 29 juillet 1868; D., 1868, 2, 237.)

De prime abord, le constructeur de bonne foi paraît être moins favorablement traité que celui qui est de mauvaise foi, parce que, à l'égard de ce dernier, le propriétaire *n'a pas l'option* entre la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre d'une part, et la plus-value du fonds de l'autre. Mais il ne faut pas perdre de vue que le propriétaire du sol ne *peut pas contraindre* le constructeur de bonne foi à *enlever* ses constructions, et qu'il est *obligé* par *la loi*, et même contre sa volonté, à les retenir. Dès lors il serait injuste de l'astreindre à payer *plus* que la valeur de l'augmentation du fonds, quand le prix des matériaux et de la main-d'œuvre aurait dépassé cette valeur.

La preuve de la bonne foi doit résulter du jugement même d'éviction. La loi a voulu prévenir la foule de difficultés qui ne manqueraient pas de naître, si la bonne foi pouvait être établie par toute espèce de moyen. (Rapport au Tribunat, n° 14, Locré, VIII, 181.)

D'après le droit romain, le constructeur de bonne foi n'a pas d'action; mais il peut user du droit de *rétention* contre le propriétaire revendiquant, jusqu'à ce que le dernier lui ait payé ses impenses, c'est-à-dire la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre. (§ 30, J., *De rerum divisione*, 2, 1.)

952. Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice (art. 564). Ces animaux, qui sont immeubles par destination (art. 524 et *suprà*, n° 851), appartiennent, par droit d'acces-

sion, au propriétaire du fonds dans lequel ils ont été se réfugier. (Exposé de motifs, n° 25, Locré, VIII, 167.)

SECTION II.

DU DROIT D'ACCESSION RELATIVEMENT AUX CHOSES MOBILIÈRES (art. 565-577).

953. Cette section comprend les règles sur les diverses espèces d'union de choses mobilières, appelées, par les commentateurs du droit romain, *adjonction* (art. 566-569) ; celles sur la *spécification* (art. 570-572), et sur le mélange et la confusion (*commixtio et confusio*) (art. 573-574), et quelques règles communes aux diverses hypothèses qui y sont prévues.

Le code considère ces trois modes d'acquisition de la propriété comme des *accessions*. Ses règles s'écartent souvent du droit romain. « Ici la matière est peu susceptible de principes absolus. L'équité seule peut nous diriger. La règle générale est que l'*accession doit suivre le principal,* à la charge, par le propriétaire de la chose principale, de payer la valeur de la chose accessoire », dit Portalis. (Exposé de motifs, n° 27, Locré, VIII, 167.)

L'idée de Portalis est formulée en loi dans l'article 565, ainsi conçu : « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières. »

954. Dans toute cette section, il ne s'agit que du cas où les choses appartenant à différents propriétaires ont été réunies ou transformées à l'insu de l'un, ou dans la croyance, de la part de celui qui a opéré l'accession, que les choses lui appartenaient toutes les deux. S'il y a eu convention à l'égard de l'une de ces opérations, les droits respectifs des intéressés sont réglés par la convention.

Faisons encore remarquer que la matière traitée dans cette section n'a plus la même importance aujourd'hui qu'en droit romain, parce que la propriété des meubles ne peut plus, en règle générale, être poursuivie par la revendication.

Nous examinerons les trois principales hypothèses qui font l'objet de cette section.

I. DE L'ACCESSION PROPREMENT DITE OU DE L'ADJONCTION (art. 566-569.)

955. En droit romain, l'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière n'opère changement de propriété que lorsque les deux choses *ne peuvent être séparées* sans dégradation de l'une ou de l'autre. Si les choses sont séparables, le propriétaire de chacune peut en demander d'abord la séparation par l'action *ad exhibendum*, et puis la revendiquer. (Fr. 23, § 5, D., *De rei vindicatione*, 6, 1; fr. 6, 7, §§ 1-2, D., *Ad exhibendum*, 10, 4.)

D'après le code, le tout appartient au maître de la *chose principale*, alors même que les deux choses sont séparables. Ce n'est que lorsque la chose unie est *beaucoup plus précieuse* que la chose principale que le propriétaire de la chose unie ou accessoire peut demander que cètte dernière soit séparée pour lui être rendue, quand même il pourrait en résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe (art. 566, 568).

956. Il résulte de la règle qui précède qu'il est important de déterminer laquelle des deux choses doit être considérée comme la principale. Il est difficile de formuler une règle générale, et le code reconnaît cette difficulté en renvoyant aux principes de l'équité naturelle (art. 565). Distinguons :

1° En général, si l'une des choses ne peut exister sans l'autre, cette dernière doit être considérée comme la principale. (Fr. 23, § 3, D., *De rei vind.*, 6, 1.) Cette règle était rigoureusement appliquée par les Romains, qui attribuaient la propriété d'un manuscrit écrit sur le papier d'autrui au propriétaire du papier, et qui ne faisaient exception qu'à l'égard des tableaux peints sur la toile d'autrui, en faveur de la peinture. Car il serait ridicule d'admettre, dit Justinien, qu'un tableau d'Apelles ou de Parrhasius pût être considéré comme l'accessoire du plus méchant morceau de planche ou de toile. (§§ 33 et 34, J., *De rer. div.*, 2, 1 ; fr. 9, §§ 1 et 2, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1.) Mais déjà avant le code, la jurisprudence refusait l'application de ce principe dans toute sa rigueur ; elle admettait que celui qui avait écrit sur le papier d'autrui était devenu propriétaire du papier et devait en payer la

valeur. « Nous ne devons pas suivre, dans notre droit français, cette décision ridicule », dit Pothier, *Propriété*, n° 173. (Voet, liv. XLI, tit. I, n° 26.) A plus forte raison faut-il aujourd'hui appliquer cette règle avec tous les tempéraments résultant de l'équité naturelle.

957. 2° Si les deux choses peuvent exister l'une indépendamment de l'autre, il faut réputer principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première (art. 567).

3° Si, de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut point être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume, si les valeurs sont à peu près égales (art. 569).

La deuxième règle est aussi conforme au droit romain, mais la troisième est nouvelle. D'après les lois romaines, la valeur ou le volume de la chose était sans influence sur la décision de la question de savoir laquelle des deux choses était principale ou accessoire (§ 26, J., *De rer. div.*, 2, 1; fr. 34, pr., D., *De contrahenda emptione*, 18, 1.)

II. DE LA SPÉCIFICATION.

958. Il y a *spécification* lorsqu'on a confectionné un objet nouveau avec la matière d'autrui. A qui appartient l'objet nouveau?

D'après une loi de Justinien, décidant une ancienne controverse entre les Sabiniens et les Proculéiens, l'objet nouveau appartient au propriétaire de la matière, si cet objet *peut reprendre sa première forme*; dans le cas contraire, il appartient au spécificateur. Ce dernier en devient *toujours* propriétaire, s'il a employé en partie la matière qui lui appartenait et en partie celle qui ne lui appartenait pas (§ 52, J., *De rerum divisione*, 2, 1).

959. Le code rejette formellement la distinction faite par Justinien et admet le principe des Sabiniens en attribuant la propriété de l'objet nouveau au propriétaire de la matière, que la matière puisse ou non reprendre sa première forme. Le propriétaire de la matière doit rembourser le prix de la main-d'œuvre (art. 570).

Le code fait une exception dans le cas où la main-d'œuvre est tellement importante qu'elle surpasse de beaucoup la valeur de la matière employée; alors l'industrie sera réputée la partie principale, et l'ouvrier aura le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant au propriétaire le prix de la matière (art. 571). Dans la spécification proprement dite, le droit romain ne tient pas compte de la valeur relative de la matière et de la main-d'œuvre. Mais les auteurs du code, en portant la disposition qui précède, ont eu devant les yeux l'exemple, qui est un cas d'accession, où le peintre a fait un tableau sur la toile d'autrui. (*Suprà*, n° 956; voy. le rapport au Tribunat, n° 26, Locré, VIII, 189.)

960. Le code s'éloigne encore du droit romain lorsqu'une personne a employé à former une chose d'une espèce nouvelle, en partie la matière qui lui appartenait et en partie celle qui ne lui appartenait pas, sans que ni l'une ni l'autre des deux matières soit entièrement détruite, mais de manière qu'elles ne puissent pas se séparer sans inconvénient. Dans ce cas, la chose n'appartient pas au spécificateur, mais elle est *commune aux deux propriétaires*, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait, quant à l'autre, en raison à la fois et de la matière qui lui appartenait et du prix de sa main-d'œuvre (art. 572).

III. DU MÉLANGE ET DE LA CONFUSION (art. 573-575).

961. Dans ces trois articles, le code prévoit les deux espèces de mélange appelées par les commentateurs *confusio* et *commixtio*. La confusion est le mélange de plusieurs matières qui se combinent d'une manière chimique, par exemple des liquides, des métaux. La *commixtio* est un mélange de plusieurs quantités de corps solides, qui se combinent d'une manière purement mécanique, par exemple plusieurs quantités de grains. Il faut distinguer :

962. *A.* Plusieurs matières appartenant à différents propriétaires ont été mélangées, mais aucune ne peut être regardée comme la matière principale, de sorte que ce n'est pas un véritable cas d'accession ni de spécification. L'effet est le même, n'importe que le mélange se soit fait par la volonté d'un des

propriétaires, ou par un tiers, ou par cas fortuit (par exemple par l'écroulement d'un bâtiment). Distinguez :

1. *Si les matières peuvent être séparées*, il n'y a pas de changement de propriété et chacun des propriétaires peut en demander la division (art. 573, alin. 1). Cette règle est conforme au droit romain. (§ 28, J., *De rer. div.*, 2, 1 ; fr. 3, § 2 ; fr. 5, § 1, D., *De rei vind.*, 6, 1 ; fr. 12, § 1, D., *De acquir. rer. dom.*, 41, 1.)

2° Si les matières ne peuvent plus être séparées sans inconvénient, les propriétaires en acquièrent *en commun* la propriété dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux (art. 573, alin. 2). Cette décision est d'accord avec le droit romain. (§ 28, J., *De rer. div.*, 2, 1 ; fr. 4 et 5, pr., D., *De rei. vind.*, 6, 1.)

Lorsque la chose est ainsi devenue commune entre les propriétaires des matières dont elle a été formée, chacun peut en demander le partage ou la licitation au profit commun (art. 575, 815, 1686). (Rapport au Tribunat, n° 30, Locré, p. 192.)

963. *B*. Si la matière appartenant à l'un des propriétaires était de beaucoup supérieure à l'autre par la quantité et le prix, en ce cas le propriétaire de la matière supérieure en valeur peut réclamer la chose provenue du mélange, en remboursant à l'autre la valeur de sa matière (art. 574). Dans ce cas il y a accession, d'après la définition de l'article 569. (Voy. *suprà*, n° 957, 3°.) Cette décision est contraire au droit romain, à moins que l'hypothèse prévue ne rentre dans la catégorie de la spécification.

IV. RÈGLES COMMUNES AUX NUMÉROS I, II ET III QUI PRÉCÈDENT.

964. Dans tous les cas où une personne a acquis une chose par droit d'accession ou par spécification, elle doit payer au propriétaire de la chose unie à l'autre ou de la matière employée à former une espèce nouvelle la valeur de la chose unie ou de la matière employée. Dans ces cas, le propriétaire de la matière a le *choix de demander* la valeur ou la restitution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté. Ceux qui ont employé des matières appartenant à d'autres, et à leur insu, peuvent aussi être condamnés à des dommages et intérêts, s'il y a lieu, sans préjudice des poursuites par voie extraordinaire, si le

cas y échet (art. 576, 577). Mais quand même ils auraient été de mauvaise foi, ils ne pourraient pas être privés de la propriété que la loi leur attribue.

Ces dispositions sont conformes aux principes généraux sur les dommages et intérêts.

Si le propriétaire de la matière conserve la propriété de l'espèce nouvelle formée de cette matière, il doit rembourser au spécificateur le prix de la main-d'œuvre (art. 570).

TITRE III.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION. (Art. 578-636.)

INTRODUCTION.

965. Parmi les droits réels restrictifs de la propriété, la législation romaine reconnaît les *servitudes*. (*Suprà*, n° 891.) Elles sont *personnelles* ou *réelles*, ces dernières appelées aussi *prédiales* (*servitutes personarum, servitutes rerum* ou *prædiorum*). Les servitudes *personnelles* sont celles qui sont constituées au profit d'une personne physique ou morale et qui s'éteignent avec elle : ce sont l'*usufruit*, l'*usage* et l'*habitation*.

Les servitudes *réelles* sont celles qui sont établies sur un fonds au profit d'un autre fonds et exercées par tout possesseur, comme tel, de ce fonds.

La même division existe encore aujourd'hui. Le code traite, dans le présent titre : des servitudes personnelles, qu'il appelle de *simples droits de jouissance* (art. 543), et au titre suivant, des servitudes réelles, qu'il appelle aussi *services fonciers* ou simplement *servitudes*.

Les auteurs du code n'ont pas voulu se servir de l'expression *servitude personnelle*, parce qu'ils ont craint qu'elle ne réveillât le souvenir des services personnels et des corvées du régime féodal; ils ont ménagé les susceptibilités nationales, surtout à une époque encore si rapprochée de la suppression de la féodalité. Par

le même motif, ils voulaient d'abord éviter le mot de *servitudes* et y substituer celui de *services fonciers;* mais ils ont conservé le premier terme en y ajoutant, en guise d'explication, le second. (Demolombe, t. X, n° 211 ; Toullier, t. III, n° 384.)

La principale source de ce titre est le droit romain.

CHAPITRE I.

DE L'USUFRUIT. (Art. 578-624.)

I. DÉFINITION.

966. L'usufruit est le droit *réel* de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même (c'est-à-dire avec les mêmes droits et les mêmes charges), mais à la charge d'en *conserver la substance* (art. 578). « *Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* », dit le pr., J., *De usufructu*, 2, 4.

967. La définition du code omet le mot *réel;* mais il faut le suppléer; car c'est ce caractère qui distingue *essentiellement* l'usufruit du droit de jouissance accordé au fermier ou locataire. Mais il y a encore d'autres différences entre ces deux droits. Le bailleur doit mettre le locataire à même de jouir de la chose, et il doit par conséquent l'entretenir en bon état; le nu propriétaire doit seulement *laisser* jouir l'usufruitier, et il ne répond pas de la non-jouissance.

Le *bail à vie* n'est pas un usufruit; car c'est le propriétaire qui jouit de la chose en percevant les fruits civils.

Le *legs des fruits* d'une chose n'est pas un usufruit non plus; car c'est le propriétaire lui-même qui cultive et remet les fruits au légataire. Ce dernier n'a qu'un droit personnel.

L'acte par lequel le propriétaire cède à un tiers, sa vie durant, l'administration et les revenus de ses biens, ne peut être envisagé comme constituant, pour le cessionnaire, un droit à l'usufruit de ces biens. (Gand, 23 janvier 1857, B. J., t. 15, 166; P., 1858, 16.)

II. COMMENT L'USUFRUIT PEUT ÊTRE ÉTABLI.

968. L'usufruit peut être établi :

1° Par la loi (art. 579). Ainsi, les père ou mère ont l'usufruit des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans (art. 384 et *suprà*, nos 654 et suiv.); les époux divorcés par consentement mutuel ont l'usufruit de la moitié des biens attribuée par l'article 305 du code aux enfants nés de leur mariage, jusqu'à leur majorité (*suprà*, n° 476); le père ou la mère survivant a l'usufruit du tiers des biens laissés par son enfant auxquels il ne succède pas en propriété (art. 754).

969. 2° Par la volonté de l'homme, c'est-à-dire par convention à titre onéreux ou à titre gratuit, par exemple par contrat de mariage, ou par acte de dernière volonté.

Lorsque l'usufruit est établi sur un immeuble, les conditions relatives à la capacité et à la forme sont les mêmes que celles exigées pour la translation de la propriété immobilière (art. 526 et *suprà*, n° 854).

De quelque manière que l'usufruit ait été établi, les droits de l'usufruitier sont les mêmes, sauf les exceptions formelles.

L'usufruit peut être établi, ou purement et simplement, ou à certain jour, ou à condition (art. 580).

970. L'usufruit peut-il être établi par sentence du juge dans un procès en partage (*judicium divisorium*)?

En droit romain, le juge pouvait, dans le partage d'une succession, accorder à l'une des parties la propriété, à l'autre l'usufruit d'une chose à partager. (Maynz, *Cours*, § 141, note 3.) Aujourd'hui, il ne le peut plus; ce serait un excès de pouvoir. L'article 579 ne mentionne pas l'adjudication comme une manière d'établir l'usufruit, et les articles 575, 827, 833, 1686, qui indiquent les moyens de sortir d'indivision et d'égaliser les lots, ne parlent pas de l'usufruit. Ces moyens sont : la licitation et les soultes ou retours de lots.

971. L'usufruit d'un immeuble peut-il s'établir par prescription ou plutôt par usucapion? Oui, avec juste titre et bonne foi, par dix ans entre présents, et par vingt ans entre absents, et sans titre ou bonne foi, par trente ans. Presque tous les jurisconsultes

sont de cet avis. Par exemple : un propriétaire apparent vend à quelqu'un l'usufruit; ce dernier l'exerce de bonne foi pendant dix ans; il l'a acquis. (Paris, 17 juillet 1816.) Car l'usufruit des choses immobilières est un immeuble, et les immeubles peuvent s'acquérir par la prescription de dix ou vingt ans avec juste titre et bonne foi, ou par trente ans sans titre et bonne foi (art. 526, 2228, 2262, 2265). L'article 690, qui n'admet que la prescription trentenaire, n'est pas applicable ici; il ne traite que des servitudes *réelles* ou foncières. (Laurent, t. VI, n° 338.)

III. SUR QUELS BIENS L'USUFRUIT PEUT ÊTRE ÉTABLI.

972. L'usufruit peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles, sur une universalité de biens comme sur des corps certains et déterminés (art. 581). A la rigueur et d'après sa définition, l'usufruit ne peut avoir pour objet que les choses qui ne se consomment pas par l'usage, parce que l'usufruitier doit en conserver la substance (n° 966). Mais déjà la législation romaine s'est écartée de la rigueur du principe en admettant l'usufruit sur toutes sortes de choses, même sur celles qui se consomment par l'usage; les auteurs l'ont appelé dans ce cas *quasi-usufruit*. Sur l'origine de cette extension chez les Romains, voy. Maynz, *Cours*, § 128.

973. L'usufruit peut aussi être constitué sur un usufruit; par exemple, un usufruit peut être constitué en dot (art. 1568). Il y a une différence entre les effets d'un usufruit établi sur un usufruit et les effets de la cession d'un usufruit : le premier s'éteint *à la mort* de l'usufruitier, qui a un usufruit sur un autre usufruit, tandis que le droit du cessionnaire passe à ses héritiers, et ne s'éteint qu'à la mort de l'usufruitier cédant.

L'usufruit ne peut pas être établi sur une servitude réelle séparée du fonds auquel elle appartient (arg., art. 686).

SECTION PREMIÈRE.

DES DROITS DE L'USUFRUITIER (art. 582-599).

974. Lorsque le titre constitutif de l'usufruit en règle l'étendue, il faut suivre ses dispositions. A défaut du titre constitutif, c'est la loi qui règle les droits de l'usufruitier.

Nous aurons à examiner de plus près : 1° la délivrance; 2° le droit d'user et de jouir; 3° le droit de l'usufruitier sur les accessoires; 4° son droit de louer ou de céder l'usufruit; 5° les constructions et améliorations faites par l'usufruitier; 6° les moyens par lesquels il peut faire valoir son droit.

I. DE LA DÉLIVRANCE.

975. L'usufruitier a le droit de demander la *délivrance* des objets soumis à l'usufruit, mais il doit les prendre dans l'état dans lequel ils se trouvent lors de l'ouverture de son droit, sans pouvoir, de ce chef, exercer un recours contre le propriétaire (art. 600).

II. DU DROIT D'USER ET DE JOUIR DE LA CHOSE.

A. *Règles générales.*

976. A partir de l'ouverture de son droit, l'usufruitier peut jouir de toute espèce de fruits que peut produire la chose soumise à l'usufruit. Il importe donc de fixer l'*époque à laquelle s'ouvre la jouissance.*

Il n'y a pas de doute quant à l'usufruit légal et à l'usufruit conventionnel : le premier s'ouvre lorsque le fait qui donne naissance à l'usufruit a lieu; le second, au moment fixé par le contrat. Mais s'il a été établi par acte de dernière volonté, suivant les uns, l'usufruitier n'a droit à la jouissance qu'à partir du *jour de la demande;* ils se fondent sur l'article 1014 (Zachariæ, § 227; Marcadé, art. 604). Selon d'autres auteurs, la jouissance commence au moment du *décès du testateur*. L'article 604, disent-ils, fait exception à l'article 1014. (Toullier, n° 423; Merlin, *Rép.*, v° *Legs*.

Ces deux articles n'ont pas rapport à la question dont il s'agit. L'article 1014 détermine à partir de quel moment le légataire à titre particulier de la *propriété* d'une chose a droit aux fruits de la chose léguée. L'article 604 ne s'occupe pas de cette question, il détermine *quel sera l'effet du retard de fournir caution, quant au droit aux fruits*. L'article 604 énonce une règle commune à

tout usufruit en disant que le retard de fournir caution ne prive pas l'usufruitier des fruits auxquels il peut avoir droit; mais la question préalable est de savoir à partir de quel moment l'usufruitier a *droit* aux fruits; quand l'usufruit est *utilement* ouvert.

Rien n'empêche l'usufruitier de demander la délivrance immédiatement après le décès du testateur. *Vigilantibus jura sunt scripta.* L'article 1015 confirme cette opinion en donnant les fruits au légataire *dès le jour du décès du testateur*, lorsqu'une pension ou rente a été léguée à titre d'aliments.

L'usufruitier qui aurait perçu des fruits avant d'avoir accompli les obligations imposées par l'article 600 pourrait être condamné à les restituer, sauf le cas où le propriétaire y aurait consenti.

977. Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier. Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire, sans récompense, de part ni d'autre, des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit (art. 585).

Cette règle s'applique même au cas où l'usufruitier aurait laissé les fruits sur pied après leur maturité. Elle souffre exception si l'usufruit appartient à la communauté entre époux. Les fruits naturels s'acquièrent par la seule *séparation*, qui équivaut à la *perception* en droit romain.

La réserve relative au colon partiaire est une conséquence du principe que l'on ne peut transférer plus de droits que l'on n'a soi-même. Le bail du colon partiaire, pour être opposé à l'usufruitier, doit avoir date certaine. Si ce bail existe à la fin de l'usufruit, il faut qu'il soit conforme à l'article 595.

La règle qui précède ne porte pas non plus préjudice aux droits du tiers qui aurait avancé des sommes pour les semences et labours; ils peuvent exercer leur privilége (loi hypothécaire, art. 20, n° 2; sauf recours de l'usufruitier contre le propriétaire ou du propriétaire contre les héritiers de l'usufruitier.

978. Les fruits *civils* sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, *à proportion de la durée de son usu-*

fruit. Cette règle s'applique au prix des *baux à ferme*, comme aux loyers des maisons et aux autres fruits civils (art. 586).

D'après le droit romain et l'ancienne jurisprudence, les prix des baux à ferme étaient considérés comme fruits *naturels*, et, de même que ceux-ci, appartenaient à l'usufruitier s'ils avaient été perçus pendant la durée de l'usufruit; ainsi le prix du bail lui était acquis, quoique l'usufruit eût cessé dans l'intervalle de la perception et de l'échéance des termes de payement. Les auteurs du code ont pensé que l'usufruitier ayant converti en une rente son droit de percevoir les fruits, il fallait que cette rente subît le sort des loyers de maison et des autres fruits civils; en même temps ils voulaient prévenir les difficultés auxquelles donnait lieu la nécessité de déterminer, par une ventilation, les portions du prix du bail à répartir entre les parties intéressées (c'est-à-dire l'usufruitier ou ses héritiers et le nu propriétaire) lorsque diverses espèces de fruits se percevaient en différents temps, ou lorsqu'une partie des fruits seulement était recueillie. (Voy. discours du tribun Gary au Corps législatif, n° 8, Locré, VIII, 288.)

979. Quel est l'effet de la vente de fruits ou de bois sur pied, faite par l'usufruitier, s'il vient à mourir avant la récolte? Il y a controverse. Selon Marcadé, art. 585, n° VI, et d'autres, cette vente est nécessairement *conditionnelle;* si l'usufruitier ne survit pas à la récolte, la condition est inaccomplie, la vente est nulle parce qu'elle a eu pour objet la chose d'autrui, et le propriétaire a le droit de prendre lui-même les fruits.

Suivant d'autres, la vente aurait été nulle sous l'ancien droit, parce que l'usufruitier ne pouvait pas *louer* pour une époque *postérieure à l'extinction de l'usufruit;* mais elle est valable sous le code, parce que la vente des fruits est l'équivalent d'une location du fonds, d'autant plus que dans certains cas, par exemple pour les coupes de bois, on a l'habitude de tirer parti des récoltes par le moyen de la vente, et non par un louage. (Duranton, n° 554; Zachariæ, § 227.) D'après cette opinion, le *prix* de la vente ne devient cependant pas fruit civil. Il appartient en entier à l'usufruitier ou au propriétaire, suivant que la récolte est terminée ou qu'elle n'est pas encore commencée; si elle est commencée, le prix se partage entre l'usufruitier et le propriétaire dans la proportion des fruits récoltés et de ceux qui restent à recueillir.

Mais la vente est toujours valable à l'égard de l'acheteur.

Cette opinion est préférable. L'argument tiré de la vente de la *chose d'autrui*, que l'on y oppose, est sans valeur en présence de l'article 595 qui permet à l'usufruitier de *louer* la chose soumise à l'usufruit, même pour un temps où l'usufruit sera éteint. Or, le louage, c'est *la vente de l'usage et de la jouissance* de la chose pour un certain temps. Après l'extinction de l'usufruit, l'usage et la jouissance n'appartiennent plus à l'usufruitier, et pourtant le louage est maintenu dans les limites de l'article 595. Le plus souvent, l'usufruitier n'a fait que jouir conformément à l'usage, s'il a vendu la récolte sur pied. D'ailleurs, l'usufruitier pourrait facilement échapper à l'argumentation de l'opinion adverse en donnant le fonds en location pour le temps nécessaire pour faire la récolte; mais alors les loyers seraient de vrais fruits civils. (Cass. fr., 21 juillet 1818.) Toutefois, si la vente avait de beaucoup précédé la récolte, de sorte que l'usufruitier se serait écarté de l'usage établi pour la jouissance, la vente pourrait être considérée comme nulle; par exemple s'il avait vendu des bois plusieurs années avant la coupe. (*Contrà*, Laurent, VI, n° 478).

B. *Applications de ces règles.*

980. 1° A la rente viagère. L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution (art. 588). Cet article décide l'ancienne controverse sur le point de savoir si l'usufruitier d'une rente viagère a droit aux *arrérages mêmes* de la rente, échus pendant l'usufruit, ou seulement aux intérêts de ces arrérages.

La même règle s'applique à un usufruit constitué sur un usufruit. (Voy. art. 1568.)

981. 2° Aux meubles qui se détériorent par l'usage. Si l'usufruit comprend des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont destinées, et n'est obligé de les rendre, à la fin de l'usufruit, que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute (art. 589).

L'usufruitier est libéré de l'obligation de restituer les choses qu'il prouve avoir péri par cas fortuit, ou par l'usage même qu'il en a fait (art. 1302, 1566.)

982. En est-il de même à l'égard des père et mère et du donateur avec réserve d'usufruit (art. 453, 950)? Suivant plusieurs jurisconsultes, il y a, dans ces cas, exception à la règle qui précède, et l'usufruitier est obligé, d'une manière absolue, à restituer la valeur estimative des meubles qu'il ne peut représenter.

Cette opinion n'est pas conforme aux principes généraux, et il n'est pas prouvé que le législateur ait voulu faire ici une exception.

L'état estimatif dont il est question dans les articles 453 et 950 a pour but de fixer l'*objet de la restitution*, pour le cas où il y a *obligation* de restituer, mais non pas de *créer* l'obligation de restituer pour un cas où, d'après les règles générales, elle n'existe pas (arg., art. 601. Voy. *suprà* n° 729 et *infrà*, n° 1904).

983. L'usufruitier ne peut pas *louer* les meubles dont il a l'usufruit, à moins que tel ne fût l'usage qu'en faisait le propriétaire, ou le seul moyen d'en tirer fruit, par exemple si l'usufruit avait pour objet un cabinet de lecture ou un magasin de costumes de théâtre.

984. 3° Aux bois. Si l'usufruit comprend *des bois taillis*, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires, sans indemnité toutefois en faveur de l'usufruitier ou de ses héritiers pour les coupes ordinaires, soit de taillis, soit de baliveaux, soit de futaie, qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance. Les arbres qu'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader ne font aussi partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement (art. 590).

Si, à l'époque de son entrée en jouissance, l'usufruitier ne trouvait encore aucun *aménagement établi*, par exemple parce que le bois était récemment planté, il devrait, pour le mode d'exploitation, suivre l'usage général des propriétaires possédant des fonds de même nature.

L'usufruitier profite encore, toujours en se conformant aux époques et à l'usage des *anciens* propriétaires (parce qu'il s'agit

de hautes futaies qui peuvent ne se couper qu'à de longs intervalles), des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine. Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut toucher aux arbres de haute futaie. Ainsi les arbres brisés ou déracinés par le vent dans les forêts aménagées ne sont pas des fruits et n'appartiennent pas à l'usufruitier, à moins que le propriétaire précédent n'eût l'habitude de les comprendre dans les aménagements annuels. (Nancy, 26 févr. 1870, et sur pourvoi, Cass. fr., 21 août 1871 ; D., 1870, 2, 169; 1871, 1, 213.) L'usufruitier peut seulement employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident; il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à la charge d'en faire constater la nécessité avec le propriétaire (art. 591, 592). (Gand, 11 juil. 1876; P., 1876, 390.)

Les taillis, les arbres des pépinières et les coupes régulières des hautes futaies sont considérés comme fruits.

Il peut prendre dans les bois des échalas pour les vignes, mais s'il ne prend pas les échalas dans les *coupes régulières* qu'il a droit de faire, il ne peut prendre des échalas que pour les *vignes du fonds* soumis à l'usufruit (arg., art. 592). Il peut aussi prendre sur les arbres qui sont utiles par leurs branches ou leur écorce, tels que les saules, les aunes, les bouleaux, l'arbre à liége, les produits annuels et périodiques; le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires (art. 593).

985. 4° Aux arbres fruitiers. Les arbres fruitiers qui meurent, ceux mêmes qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres (art. 594). Il ne s'agit que de ceux plantés par la main de l'homme, et non pas des arbres fruitiers sauvages qui croissent spontanément. Il n'est pas tenu de les remplacer.

986. 5° Aux mines et carrières. Conformément au droit romain, l'usufruitier jouit aussi, de la même manière que le propriétaire, des mines, carrières et tourbières *qui sont en exploitation* à l'ouverture de l'usufruit, parce que leurs produits sont considérés comme fruits. Il n'a aucun droit aux mines et carrières *non encore*

ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est point encore commencée; car les produits de ces dernières ne peuvent être considérés comme fruits annuels et périodiques (art. 598, 1403). En droit romain, le point de savoir si l'usufruitier pouvait ouvrir des mines ou carrières est controversé. D'après l'opinion la plus reçue, il le pouvait, pourvu qu'il rendît le fonds plus productif et que la culture n'en souffrît pas. Par analogie de l'article 592, il faut décider que l'usufruitier pourrait prendre, dans les carrières ouvertes pendant l'usufruit, les matériaux nécessaires pour faire les réparations dont il est tenu.

D'après la loi du 21 avril 1810, article 7, l'acte de concession donne une propriété perpétuelle et transmissible, dont l'usufruitier profite. Ce dernier n'a donc plus besoin de la concession du gouvernement, nécessaire sous la loi du 28 juillet 1791 et à laquelle l'article 598 fait allusion.

III. DE LA JOUISSANCE DES ACCESSIONS DU FONDS.

987. L'usufruitier n'a pas l'usufruit des augmentations du fonds arrivées par *avulsio*, ou par la formation d'une île au milieu d'une rivière. (*Suprà*, nos 940-942.) Ces augmentations sont considérées comme des fonds nouveaux.

Quant à l'augmentation survenue par *alluvion*, l'usufruitier en a la jouissance, parce qu'il est difficile de préciser les limites entre le fonds et l'alluvion. (Fr. 9, § 4, D., *De usufructu*, 7, 1.) Le code a confirmé l'ancien droit (art. 596).

Il jouit aussi du lit abandonné par un fleuve, dans le cas de l'article 563. (*Suprà*, n° 945.) La raison d'équité qui a déterminé le législateur à changer le droit romain et à attribuer l'ancien lit abandonné aux propriétaires des fonds nouvellement occupés, *à titre d'indemnité*, s'applique à l'usufruitier comme au propriétaire. (Zachariæ, § 227; Marcadé, art. 596, n° III.)

Il jouit également des droits de servitude de passage, etc. (art. 597).

988. L'usufruitier jouit aussi des accessions mobilières qui s'unissent inséparablement au fonds; car il jouit généralement de tous les droits du propriétaire et comme le propriétaire lui-même (art. 578, 597).

De là il résulte qu'il a aussi le droit de chasse et de pêche, et que le nu propriétaire ne peut pas exercer ces droits contre la volonté de l'usufruitier. (Duranton, n° 285.)

Mais il n'a aucun droit au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit (art. 598, à la fin).

IV. DU DROIT DE LOUER, DE CÉDER ET D'HYPOTHÉQUER L'USUFRUIT.

989. Le droit d'usufruit étant personnel ne peut pas être détaché de la personne de l'usufruitier. Celui-ci ne peut donc pas l'*aliéner* au point que la *durée* de l'usufruit suivrait aussi la durée de la vie de l'acquéreur. Le droit romain lui permettait seulement d'en louer ou céder l'*exercice;* mais la cession du *droit même* était nulle. (Maynz, § 212, notes 21-24.)

Le code lui permet formellement de jouir par lui-même, ou de *vendre* ou de *céder son droit* à titre gratuit (art. 595, 1568). Mais le droit cédé s'éteint *à sa mort*, et non à la mort du cessionnaire. Malgré la cession, l'usufruitier reste soumis à toutes les obligations usufructuaires; car on peut céder ses *droits*, non ses obligations.

L'usufruitier peut *hypothéquer* son droit d'usufruit lorsqu'il est établi sur un *immeuble*, mais seulement pour le temps de sa durée; *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* (Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, art. 45, 2°.)

990. Il peut donner à loyer ou à ferme les objets soumis à l'usufruit; mais, d'après le droit romain et la plupart des anciennes coutumes, par exemple celles de Liége et du Brabant, le bail s'éteignait par le décès de l'usufruitier, en vertu de la règle citée à la fin du numéro précédent. Aujourd'hui il doit se conformer, pour les époques où les baux doivent être renouvelés et pour leur durée, aux règles établies pour le mari à l'égard des biens de la femme (art. 595, 1429, 1430).

V. DES CONSTRUCTIONS ET AMÉLIORATIONS FAITES PAR L'USUFRUITIER.

991. Les deux derniers alinéas de l'article 599 portent : « L'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer

aucune indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état. » C'est une question très-controversée que celle de savoir si l'article 555 (*suprà*, nos 950, 951) s'applique aux constructions, plantations et ouvrages faits par l'usufruitier.

Suivant quelques auteurs, l'article 555 est applicable à l'usufruitier, qui ne peut pas être traité plus défavorablement que le possesseur de mauvaise foi, et l'article 599 ne refuse toute indemnité qu'à raison des simples *améliorations*, dont le résultat n'est pas toujours apparent et appréciable, par exemple si l'usufruitier a mis beaucoup d'engrais dans les terres, etc.

992. Suivant d'autres auteurs, l'usufruitier peut seulement enlever les objets dont il est question dans l'alinéa 3 de l'article 599; mais il doit laisser toutes les autres *améliorations, constructions*, etc., sans avoir droit à une indemnité. L'article 599 déroge à l'article 555. La raison, c'est que l'usufruitier, qui a profité lui-même de ces améliorations, est censé en avoir fait don au propriétaire (*donasse videtur*); c'était aussi le droit romain et l'ancien droit français que l'article 599 confirme.

Cette opinion est juste. Aux motifs déjà allégués, nous ajouterons les travaux préparatoires du code. Dans son discours au Corps législatif, n° 11, le tribun Gary, après avoir reconnu que l'opinion contraire *semble* plus équitable, dit, à l'appui de son opinion, « que l'usufruitier a lui-même recueilli le fruit des améliorations; que cette amélioration elle-même n'est, aux yeux de la loi, que le résultat d'une jouissance éclairée et d'une administration sage et vigilante; qu'il ne doit pas être au pouvoir de l'usufruitier de grever d'avance le propriétaire de répétitions qui pourraient lui être onéreuses; enfin, que cette disposition étouffe dans leur naissance des contestations infinies. » (Voy. aussi le Rapport au Tribunat, n° 9, Locré, VIII, 289, 274.)

L'économie même de la loi vient en aide à cet avis. Le terme *améliorations*, loin d'être restrictif, est plutôt générique et comprend toute espèce d'ouvrages dont il est parlé dans l'article 555. Enfin, le législateur se serait exprimé d'une manière très-illogique, s'il avait voulu permettre à l'usufruitier d'enlever toutes les

améliorations, en ne faisant mention que des objets d'une valeur secondaire, tels que glaces, ornements, etc. (Toullier, n° 123; Proudhon, n° 1441; Demolombe, nos 640-650. En sens contraire : Bruxelles, 2 juin 1862, P., 1863, 283).

VI. DES MOYENS PAR LESQUELS L'USUFRUITIER PEUT POURSUIVRE SON DROIT.

993. L'usufruitier peut exercer une *action réelle* (*actio confessoria*) contre tout le monde, pour revendiquer son usufruit. Il peut aussi intenter l'action négatoire. Mais les jugements rendus contre lui ne peuvent pas être opposés au propriétaire. Il a aussi les actions possessoires relatives à son droit.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER (art. 600-616).

994. L'usufruitier a des obligations à accomplir *avant* d'entrer en jouissance, d'autres lorsqu'il est entré en jouissance.

I. DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER AVANT SON ENTRÉE EN JOUISSANCE.

995. 1° L'usufruitier doit jouir en bon père de famille et restituer les choses dans l'état où il les a reçues. Il importe donc de constater ce qu'il a reçu et en quel état se trouvaient ces choses. C'est pourquoi il ne peut entrer en jouissance qu'*après avoir fait dresser*, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, *un inventaire* des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit (art. 600). L'inventaire ne peut pas avoir pour effet d'exercer une répétition contre le propriétaire. (*Suprà*, n° 992.)

La *forme* de l'inventaire doit être authentique, s'il y a des absents ou si toutes les parties ne sont pas majeures ou maîtresses de leurs droits. Dans le cas contraire, il peut être fait sous seing privé. L'usufruitier peut faire dresser cet état par un notaire choisi par lui ; si le nu propriétaire a été dûment sommé d'assister à la confection de cet état, il ne peut pas en demander la nullité, ni exiger une expertise contradictoire. L'état ne doit pas être esti-

matif; il suffit qu'il soit descriptif (Liége, 19 juillet 1871; P., 1871, 363).

996. Quelle est la sanction de la règle qui précède?

Si l'usufruitier n'est pas en jouissance ou en possession, le propriétaire peut refuser la délivrance jusqu'à ce que l'inventaire soit fait. Mais ce retard d'entrer en jouissance ne le priverait pas du droit aux fruits, et, par la même raison, il ne devrait pas restituer les fruits s'il était entré en jouissance sans avoir *fait inventaire*. (Demolombe, t. X, n° 470; arg. art. 604 et arg. *a contrario* de l'art. 1442.)

De plus, il est *présumé* avoir reçu les immeubles en *bon état* (arg. art. 1731 et 126), et le mobilier peut être constaté par tous moyens de preuve, même par commune renommée (arg. art. 1415).

997. L'usufruitier peut être, par l'acte constitutif de l'usufruit, *dispensé* de faire inventaire (arg. art. 601). Cette dispense a seulement pour effet de le décharger des frais de l'inventaire. Le nu propriétaire a toujours le droit de constater, à ses propres frais, le mobilier et l'état des immeubles (Liége, 26 juin 1866, P., 1867, 138), à moins que le donateur ou testateur n'ait formellement défendu de faire l'inventaire, ce qui lui est permis.

998. Mais le testateur ou donateur peut-il défendre au propriétaire de demander l'inventaire, même à ses frais, et ajouter une clause pénale portant qu'il donne à l'usufruitier la pleine propriété, dans le cas où le propriétaire voudrait méconnaître sa volonté et exiger l'inventaire ?

La question est controversée. Nous n'y voyons pas une disposition contraire à la loi, aux mœurs, ni à l'ordre public, donc aucun obstacle à la validité d'une semblable clause. (*Contrà*, Laurent, VI, 497, 498.)

Dans la séance du conseil d'État du 27 vendémiaire an XII (20 octobre 1803), n° 20, la question de la validité de cette clause a été formellement posée et résolue affirmativement par Treilhard, Cambacérès et Maleville, sans aucune contradiction. (Locré, VIII, 240. En sens contraire, voy. Demolombe, X, n°s 475, 476; Jugement du tribunal civil de Tournai du 5 mars 1863, B. J., t. 21, 505.)

En présence d'une semblable disposition, le nu propriétaire

devrait prendre, à la fin de l'usufruit, les choses dans l'état où elles se trouvent.

La dispense de faire inventaire est sans effet à l'égard des droits des tiers, par exemple des créanciers et des héritiers réservataires.

999. 2° Il doit donner caution de jouir en bon père de famille (art. 601; Fr. 1, pr., D., *Usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9).

La caution peut être remplacée par un gage, et à plus forte raison par une hypothèque (art. 2041).

Pour fixer le montant de la caution, il faut prendre pour base la valeur du mobilier et l'importance des détériorations que peuvent subir les immeubles.

Si le propriétaire laisse l'usufruitier entrer en jouissance sans exiger préalablement la caution, par cela seul il n'est pas encore déchu du droit de la demander.

1000. Lorsque l'usufruitier tenu de donner caution n'en trouve pas, ou est en retard d'en trouver, il n'est pas privé des fruits auxquels il peut avoir droit; il y a droit à partir du moment où l'usufruit a été ouvert. Mais la loi ménage et concilie les intérêts de l'usufruitier et ceux du propriétaire de la manière suivante : les immeubles sont donnés *à ferme* ou mis en séquestre; les sommes comprises dans l'usufruit sont placées; les denrées sont vendues, et le prix en provenant est pareillement placé; les intérêts de ces sommes et les prix des fermes appartiennent, dans ce cas, à l'usufruitier. Le propriétaire peut exiger que les meubles qui dépérissent par l'usage soient vendus, pour le prix en être placé comme celui des denrées; et alors l'usufruitier jouit de l'intéret pendant son usufruit : cependant l'usufruitier pourra demander et les juges pourront ordonner, suivant les circonstances, qu'une partie des meubles nécessaires pour son usage lui soit délaissée, sous sa simple caution juratoire, et à la charge de les représenter à l'extinction de l'usufruit (art. 602, 603).

1001. L'hypothèse que l'usufruitier ne *trouve* pas de *caution* n'est pas prévue par les lois romaines.

L'ancienne jurisprudence ne le privait pas de sa jouissance, mais elle pourvoyait à la sécurité du propriétaire en admettant des gages ou des hypothèques, ou les moyens que le code a

adoptés comme dispositions législatives. (Voy. Voet, *ad Pand.*, liv. VII, tit. IX, n° 3.)

1002. Ne sont pas tenus de donner caution :

1° Celui qui en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; car alors le propriétaire a consenti à suivre la foi de l'usufruitier.

La dispense de donner caution pour un usufruit légué n'a pas besoin d'être inscrite en termes formels dans le testament; l'intention de dispenser peut résulter de la disposition du testateur. (Bruxelles, 12 mars 1866, B. J., t. 24, 497.) Une donation d'usufruit peut-elle être faite avec dispense de caution, même lorsqu'elle a pour objet des biens dont la nue propriété est comprise dans la réserve des héritiers du donateur? Les cours françaises se prononcent pour l'affirmative. (Nancy, 4 mars 1873; D. 1874, 2, 148; Cass. fr. 5 juillet 1876, et Toulouse, 1er février 1877, D., 1877, 1, 277, 1878, 2, 166). La loi ne le défend pas; toutefois cette question est très-controversée. Voy., en sens contraire, Laurent, VI, n° 515.

L'usufruitier de valeurs au porteur, dispensé de fournir caution, ne peut être contraint par le nu propriétaire de laisser opérer la conversion de ces titres en inscriptions nominatives. (Bruxelles, 16 novembre, 1865; P., 1866, 374.)

2° Le vendeur ou le donateur qui ont vendu ou donné *sous réserve d'usufruit*. Ils sont censés n'avoir pas voulu s'imposer cette condition.

De plus, la caution ne doit pas être une charge de son bienfait pour le donateur, et quant au vendeur, tout est censé avoir été réglé par l'acte même de vente.

3° Les père et mère ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants (art. 601 et 384, et *suprà*, nos 654 et suiv.); la tendresse paternelle est pour le législateur un sûr garant qu'ils ne négligeront pas de conserver le bien de leurs enfants. (Rapport au Tribunat, n° 10; discours du tribun Gary au Corps législatif, n° 20, Locré, VIII, 275, 293.)

Cette dernière exception existait aussi en droit romain au profit du père ayant l'usufruit légal des biens adventices (*bona adventitia*) de ses enfants. (L. 8, § 4, C., *De bonis quæ liberis*, 6, 61.) L'ancienne jurisprudence l'étendait également à la mère, et elle admettait la même exception en faveur du donateur, sous

réserve d'usufruit, bien qu'elle ne fût pas fondée sur un texte formel de la loi. (Voet, liv. VII, tit. IX, nos 7 et 8.)

1003. Ces exceptions sont de stricte interprétation. Ainsi, les père et mère qui auraient l'usufruit des biens de leurs enfants à tout *autre titre* qu'en vertu de la loi, ne seraient pas dispensés de la caution.

Dans le cas de l'article 754, les père et mère ne sont pas dispensés de la caution. Ce n'est plus l'usufruit *des biens de leurs enfants*. Le motif n'est pas le même. On ne trouve plus dans leur affection des garanties suffisantes d'une bonne administration.

II. DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER PENDANT LA DURÉE DE SA JOUISSANCE.

1004. Nous aurons à traiter ici : 1° de la conservation de la substance; 2° de la jouissance en bon père de famille et de l'entretien; 3° du payement des charges annuelles; 4° du payement des intérêts des dettes de la succession, et 5° de la contribution aux frais du procès.

1005. 1° Il doit *conserver la substance* de la chose (art. 578).

En règle, il ne peut pas radicalement changer la forme de la chose; mais il peut faire des changements qui améliorent le fonds et qui en augmentent le produit. (Fr. 13, § 4, D., *De usufructu*, 7, 1.)

1006. 2° Il doit jouir de la chose et l'administrer en *bon père de famille* (art. 601). De cette règle découlent plusieurs conséquences.

A. Il ne peut employer les choses qu'à l'usage auquel elles sont propres par *leur nature*, ou auquel elles doivent servir par suite d'une destination spéciale en rapport avec la nature de la chose.

Toutefois la règle de l'article 1728, qui oblige le preneur à user de la chose suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ne peut s'appliquer à l'usufruitier, qui jouit comme le propriétaire, et qui a un pouvoir plus étendu que le locataire de changer la destination de la chose. C'est une question d'appréciation du juge. Suivant les circonstances, on pourrait considérer

comme une destruction de la substance le changement de la destination.

1007. *B*. Il doit s'abstenir de tout acte qui, en donnant même un revenu momentanément plus élevé, épuiserait le fonds.

1008. *C*. Il n'est tenu qu'aux réparations d'*entretien* (art. 605, alinéa 1). La loi ne définit pas les réparations d'entretien. Elle définit les grosses réparations pour quelques objets. Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières; celui des digues et des murs de soutenement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien (art. 606).

Toutefois cet article n'est pas *exclusif*. Ainsi, s'il s'agit d'objets que cet article ne mentionne pas, par exemple d'usines, on ne peut pas dire d'une manière générale que toutes les réparations qui ne sont pas considérées comme *grosses* par la loi sont des réparations d'entretien. On doit se guider d'après l'analogie de l'article 606.

L'usufruitier ne doit pas faire les réparations d'entretien qui sont nécessaires à son entrée en jouissance. Il reçoit la chose dans l'état où elle se trouve, et doit l'entretenir et la rendre dans le même état. Les réparations sont des charges des fruits; il ne les doit pas avant d'avoir recueilli des fruits. Mais s'il les a faites, il ne peut réclamer une indemnité de ce chef. (*Suprà*, n° 992.)

1009. L'usufruitier peut-il s'affranchir de l'obligation de faire les réparations en renonçant à l'usufruit? Il faut distinguer :

1° En renonçant, il peut se libérer de toute obligation pour l'avenir. L'obligation de faire les réparations d'entretien est corrélative au droit de jouissance. Cela n'est pas douteux.

2° Les réparations sont déjà devenues nécessaires. Les opinions sont divisées. Suivant les uns, par exemple Zachariæ, § 228, note 7; Duranton, n° 623; Proudhon, n°s 2184, 2192, l'usufruitier peut s'en affranchir en renonçant à l'usufruit et en restituant les fruits qu'il a perçus, d'après Zachariæ, depuis son entrée en jouissance; d'après Demante, n° 655, depuis que les réparations sont devenues nécessaires. De cette manière, l'usufruitier fait disparaître la cause de son engagement personnel de remplir les *obligations* attachées à la jouissance. Sont exceptées les réparations devenues nécessaires par sa faute ou sa négligence. Cette

opinion est conforme au droit romain, d'après lequel l'usufruitier pouvait renoncer même *post judicium acceptum*, c'est-à-dire lorsque le propriétaire avait déjà agi contre lui. (Fr. 48, pr., fr. 4, D., *De usufr.*, 7, 1; Laurent, t. VI, n° 547.)

1010. Nous croyons que cette solution ne peut plus être admise aujourd'hui, en l'absence de toute disposition de loi qui permette à l'usufruitier de s'affranchir de son obligation en renonçant à son droit. Car les réparations sont une obligation *encourue* par suite de la jouissance; c'est un droit acquis au propriétaire, et l'usufruitier ne peut pas rétroactivement s'en affranchir, même en restituant les fruits. Ce serait permettre de rompre unilatéralement une obligation contractée par l'acceptation de l'usufruit.

Faute par l'usufruitier de remplir ses obligations, le propriétaire peut le citer en justice, pour l'y contraindre ou pour être autorisé à faire faire ces réparations à ses frais ou bien demander la déchéance de l'usufruitier (art. 1144, 618, alin. 1; art. 1144).

1011. L'usufruitier n'est pas tenu de faire les réparations, même d'entretien, de ce qui est tombé de vétusté ou de ce qui a été détruit par cas fortuit ou par force majeure (art. 607). Cette règle s'applique aux réparations d'entretien comme aux grosses réparations.

Mais il est tenu des grosses réparations lorsqu'elles ont été occasionnées par sa faute, ou par le défaut de réparations d'entretien depuis l'*ouverture de l'usufruit;* il n'y est pas obligé lorsqu'elles ont été la suite du défaut de réparations d'entretien qui étaient nécessaires déjà lors de l'entrée en jouissance (article 605). Toutefois, si l'usufruitier les a faites, il ne peut réclamer aucune indemnité de ce chef (n° 992).

1012. Le propriétaire n'est pas tenu de faire les grosses réparations (art. 600, 607). *Servitus in faciendo consistere non potest.*

Cette thèse est controversée, parce que l'article 605, après avoir dit que l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien, ajoute : « *Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire.* » Mais ces mots ne veulent pas dire autre chose que : La charge de ces réparations ne passe pas à une autre personne. Elle reste comme elle était avant l'usufruit. (*Contrà*, Laurent, t. VI, n° 548.)

Il n'y a pas de distinction à faire entre les grosses réparations nécessaires au commencement de l'usufruit et celles devenues nécessaires pendant l'usufruit, ni entre les *réparations* et les reconstructions. (Demolombe, X, n°s 583, 584.)

Si le propriétaire a fait les grosses réparations pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier est en droit d'en exiger la jouissance, sans devoir au propriétaire l'intérêt des sommes déboursées, comme le soutiennent erronément quelques auteurs.

Toutefois, si un bâtiment avait été entièrement détruit et que le propriétaire l'eût fait rebâtir, l'usufruitier n'y aurait aucun droit de jouissance (art. 624).

Si, par le titre constitutif de l'usufruit, le propriétaire s'était engagé à entretenir la chose en bon état, il ne pourrait pas s'affranchir de cette obligation en abandonnant la nue propriété. Duranton, n° 617, enseigne l'opinion contraire.

1013. *D.* L'usufruitier doit veiller à la garde et à la conservation des choses soumises à l'usufruit. Il répond de toute faute (*culpa levis*) tant *in omittendo* que *in committendo*.

En vertu de cette obligation, l'usufruitier est tenu d'empêcher les usurpations qu'un tiers pourrait commettre sur le fonds soumis à l'usufruit et de veiller à ce que des servitudes dues au fonds ne s'éteignent pas par le non-usage.

Si un tiers commet des usurpations, l'usufruitier est tenu de les dénoncer au propriétaire; sinon il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter (art. 614).

1014. Si l'usufruit est établi sur un troupeau, l'usufruitier doit le conserver en remplaçant, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri (art. 616, alin. 2).

Dans ce cas, il doit remplacer les têtes des animaux morts seulement avec le croît à venir, et non avec les jeunes animaux nés avant la perte des têtes à remplacer. (Fr. 70, D., *De usufr.*, 7, 1.)

Le croît antérieurement reçu lui appartient irrévocablement comme *fruits*. Mais ce point est controversé.

1015. Si le troupeau sur lequel un usufruit a été établi périt entièrement par accident ou par maladie, et sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de lui rendre compte des cuirs ou de leur valeur. Si l'usufruit n'est établi que sur un animal qui vient à périr sans la faute de l'usufrui-

tier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre, ni d'én payer l'*estimation* (art. 616, 615). Toutefois, dans ce dernier cas, l'obligation de rendre compte du cuir existe comme dans le cas précédent. Il y a identité de raison.

1016. 3° L'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les contributions et autres qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits (art. 608).

A l'égard des charges qui peuvent être imposées *sur la propriété* pendant la durée de l'usufruit, l'usufruitier et le propriétaire y contribuent ainsi qu'il suit : le propriétaire est obligé de les payer, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit (art. 609).

Les charges extraordinaires qui pèsent sur la propriété sont, par exemple, un emprunt forcé, une contribution de guerre extraordinaire.

Si la charge était imposée déjà avant l'ouverture de l'usufruit, quoique *en raison de la propriété*, elle serait la dette personnelle du propriétaire, en capital et intérêts; elle frapperait dès lors sur la totalité de son patrimoine.

1017. 4° Le légataire d'un usufruit peut être tenu de contribuer aux dettes d'une succession (art. 610-612). Le code distingue l'usufruitier à *titre particulier*, qui a l'usufruit sur un ou plusieurs objets déterminés d'une succession; l'*usufruitier universel*, qui a l'usufruit sur l'universalité des *biens* laissés par le testateur, et l'*usufruitier à titre universel*, qui a l'usufruit d'une quote-part *des biens* du testateur, ou de tous ses immeubles, ou de tout son mobilier, ou d'une quotité fixe de tous ses immeubles, ou de tout son mobilier. (Voy. art. 1003, 1004, 1010.)

L'article 610 parle d'un légataire *universel de l'usufruit* et d'un légataire à *titre universel* de l'usufruit. Ces termes ne sont pas exacts; car le légataire d'un usufruit est toujours légataire à *titre particulier*, d'après la définition de l'article 1010, alinéa 2. (Cass. fr., 8 juillet 1874; D., 1874, 1, 457.) Mais l'*usufruit même* peut être universel ou à titre universel, comme le dit l'article 612.

Le légataire d'un usufruit n'est jamais tenu aux *dettes mêmes* de

la succession, comme le dit inexactement l'article 612; mais il est tenu seulement aux *intérêts* des dettes.

1018. *A*. De l'usufruitier *universel* ou à *titre universel*. Le principe est le même pour les deux cas. Il n'y a de différence que pour la quote-part de la contribution.

Le legs fait par un testateur d'une rente viagère ou pension alimentaire doit être acquitté par le légataire de l'usufruit *universel* dans son intégrité, et par le légataire de l'usufruit à *titre universel* dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de sa part (art. 610).

Cette disposition s'applique non-seulement au cas où l'usufruit universel ou à titre universel a été acquis en vertu d'un *legs*, mais à tout cas d'acquisition à titre gratuit; par exemple si la nue propriété a été donnée à un tiers, et si par cela même l'héritier *ab intestat* est resté de droit usufruitier.

Elle n'est pas seulement applicable à la *rente viagère* ou *pension alimentaire léguée*, mais à toute rente viagère, etc., qui se trouve, par une cause quelconque, à la charge du patrimoine dont l'usufruit universel a été légué. (Cass. belge, 27 mars 1851, J. P. B., 1851, p. 110.)

La règle qui précède ne doit pas être restreinte aux *rentes viagères* et *pensions alimentaires*; elle s'applique aussi aux rentes *perpétuelles* et aux intérêts de toutes les dettes, quelles qu'elles soient. L'article 610 ne mentionne que les deux premières, parce que, en présence de l'article 612, le doute ne pouvait exister qu'à l'égard de celles-là.

1019. Lorsqu'un patrimoine grevé de dettes est soumis à l'usufruit, l'usufruitier, ou universel, ou à titre universel, doit en payer les *intérêts* pendant la durée de sa jouissance, et le capital est à la charge du propriétaire. Voilà le *principe*. Le légataire de l'usufruit *universel* est chargé de payer les intérêts de toutes les dettes. S'il y a un légataire de l'usufruit à *titre universel*, il faut, avant tout, fixer sa part contributoire aux intérêts. A cet effet, on estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur, dit l'article 612, alin. 1. Cette estimation n'est pas nécessaire lorsque l'usufruit est établi sur une *quote-part* de tous les biens; elle n'est nécessaire que lorsque l'usufruit a pour objet ou tous les immeubles, ou

tous les meubles, ou une quote-part des uns ou des autres. Alors il faut faire, non-seulement l'estimation de la valeur du fonds ou des biens sujets à l'usufruit, mais de tous les biens composant le patrimoine, afin d'établir une proportion entre la *valeur totale* du patrimoine et celle des biens sujets à l'usufruit à titre universel.

1020. L'article 612 indique trois moyens de réaliser le principe émis au numéro précédent :

a. L'usufruitier peut *avancer* la somme pour les intérêts de laquelle il doit contribuer; alors le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt.

Si l'usufruitier ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix ou

b. De payer cette somme et, dans ce cas, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou

c. De faire vendre jusqu'à due concurrence une portion des biens soumis à l'usufruit. Mais le nu propriétaire ne peut pas provoquer cette vente avant l'échéance des dettes non exigibles. (Caen, 8 déc. 1870 et 23 mars 1872; D., 1872, 5, 458 et 457)

1021. *B*. De l'usufruitier à *titre particulier*. Le légataire à titre particulier n'est jamais tenu ni aux *intérêts* ni aux *capitaux* des dettes de la succession (art. 871, 874, 1024, 611).

Si le fonds légué est grevé d'une hypothèque, le légataire de l'usufruit ne peut empêcher la vente du fonds jusqu'à concurrence des sommes nécessaires pour acquitter la dette. Mais il peut prévenir la vente en avançant ces sommes. Alors il a son recours, non-seulement contre le *propriétaire* du fonds, mais aussi et principalement contre le *débiteur* de cette dette; car il est possible que ces deux personnes soient distinctes. Si l'usufruitier a payé les dettes, il est subrogé aux droits des créanciers contre le débiteur, et il peut agir contre ce dernier en remboursement du capital et des intérêts en vertu de la subrogation.

Il peut agir aussi contre le nu propriétaire en vertu du principe sur la *negotiorum gestio*, parce qu'il a empêché la vente de sa propriété, sauf à ce dernier à exercer son recours contre le débiteur.

1022. La fin de l'article 611 dit : « Si l'usufruitier est forcé de payer les dettes, il a son recours contre le propriétaire, sauf ce qui est dit à l'article 1020, au titre *Des donations entre-vifs et des testaments*. »

D'après la rédaction de l'article 611, on pourrait croire que l'article 1020, auquel il renvoie, porte un changement à cette disposition et indique un cas dans lequel l'usufruitier se trouve obligé au payement de la dette hypothécaire. Il n'en est pas ainsi. L'exception à laquelle l'article 611 renvoie est le cas où le testateur a chargé l'héritier de *dégager le fonds de l'hypothèque*. Dans ce cas, l'usufruitier n'est pas tenu de s'exposer à l'éventualité de payer les dettes hypothécaires, puisqu'il peut exiger le dégagement du fonds. (V. *infrà*, n° 2093.)

1023. 5° De l'obligation de l'usufruitier de contribuer aux frais des procès. Il faut distinguer :

A. L'usufruit a été constitué à titre onéreux. Le nu propriétaire ou celui qui a constitué l'usufruit en est garant, et doit seul payer les frais conformément aux principes de l'article 1626.

1024. *B.* L'usufruit a été constitué à titre gratuit. Il faut encore distinguer :

1° La nue propriété seule a été contestée. Les frais restent à la charge exclusive du propriétaire.

2° Le procès n'a pour objet que la jouissance ; les frais sont à la charge exclusive de l'usufruitier.

3° La contestation porte sur la nue propriété et sur la jouissance. Il faut encore faire une distinction :

a. Le procès a été gagné. Les frais non recouvrables contre le tiers doivent être supportés par le propriétaire et l'usufruitier, d'après la règle de l'article 609. (*Suprà*, n° 1016.)

b. Le procès a été perdu ; les frais doivent être supportés par celui d'entre eux qui était en cause. S'ils étaient tous les deux en cause, ils doivent contribuer dans la proportion indiquée par l'article 609. Si le procès a eu pour résultat l'anéantissement de l'usufruit, le propriétaire et l'usufruitier doivent supporter les frais par portion virile.

III. DU QUASI-USUFRUIT (art. 587).

1025. Nous avons défini le *quasi-usufruit* (*suprà*, n° 972).

1. *Des* biens *sur lesquels cet usufruit peut être établi.*

Le quasi-usufruit peut être établi sur les choses qui se consomment par l'usage, mais il peut aussi être établi sur des effets

mobiliers qui ne se consomment pas par l'usage, si les parties conviennent que ces objets seront fongibles et qu'ils pourront être remplacés par d'autres objets de même nature et qualité. Toutefois, si les choses ne sont pas fongibles par leur nature, on présume toujours pour le *véritable* usufruit, et l'intention contraire des parties doit être prouvée (arg., art. 589).

1026. L'usufruit d'une somme d'argent est un quasi-usufruit, mais l'usufruit d'une *créance* est un *véritable* usufruit, et l'usufruitier est tenu de restituer, à la fin de son droit, les titres de la créance (arg., art. 1567.) (Grenoble, 17 juillet 1868, D., 1869, 2, 101.) Pendant la durée de l'usufruit, il doit veiller à ce que le capital ne soit pas compromis par l'insolvabilité du débiteur; c'est une conséquence de son obligation de jouir en bon père de famille. Ainsi, par exemple, il doit requérir le renouvellement des inscriptions hypothécaires, conserver le gage, etc.

L'usufruit établi sur une créance exigible doit être considéré comme quasi-usufruit ou comme véritable usufruit, suivant le titre constitutif.

Si l'usufruit consiste seulement dans le droit de toucher les *intérêts*, il est un véritable usufruit, et l'usufruitier n'a pas le droit de demander le remboursement du capital; mais il peut et doit faire tous les actes nécessaires pour la conservation du capital.

Si l'usufruit comprenait les *capitaux*, l'usufruitier pourrait en demander le remboursement, recevoir payement et donner valablement quittance, sans l'intervention du nu propriétaire. L'usufruit serait alors un quasi-usufruit (arg. art. 1549)

1027. 2. *Des droits du quasi-usufruitier*. Il devient *propriétaire* des choses soumises à l'usufruit et peut les consommer (article 587).

1028. 3. *Des obligations du quasi-usufruitier*. Il ne doit pas rendre les choses *in specie*, mais *in genere*. Voici le texte de l'article 587 : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge *d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit*.

Les opinions sont divisées sur la manière dont l'usufruitier peut se libérer.

A. D'après un système, il peut se libérer de *deux* manières, à son choix :

a. En restituant des objets de pareille *quantité* et *qualité*; mais il n'est pas nécessaire que ces objets soient de *pareille valeur* (arg., art. 1892). Il serait même impossible d'exécuter le précepte de l'article 587 dans le cas où la *même quantité* de choses de *pareille qualité* aurait, à la fin de l'usufruit, une *autre* valeur qu'au commencement. Le mot *valeur* dans l'article 587 est surabondant.

b. Ou en payant l'estimation, c'est-à-dire la *valeur* à laquelle ces objets ont été estimés *lors de l'entrée en jouissance*. (Demante, n° 638; Toullier, n° 397.)

Ce système n'est pas juste; car il laisse à l'usufruitier seul toutes les chances *favorables*, et au nu propriétaire toutes les chances *désavantageuses* qui peuvent résulter de l'augmentation ou de la diminution de la valeur des objets soumis à l'usufruit. Ainsi, par exemple, l'usufruit a pour objet une pièce de vin valant 200 francs au jour de l'entrée en jouissance; la même qualité de vin vaut 300 francs à la fin de l'usufruit; l'usufruitier pourrait se libérer en payant 200 francs; et si ce vin ne valait que 100 francs lors de l'extinction de l'usufruit, l'usufruitier pourrait se libérer en rendant une pareille quantité de ce vin.

B. D'autres jurisconsultes admettent aussi le choix, mais ils pensent que si l'usufruitier veut rendre la *valeur*, la restitution doit se faire d'après l'estimation au *moment de la cessation de l'usufruit*; c'est-à-dire qu'il faudrait, à la fin de l'usufruit, faire, d'après l'inventaire dressé à l'entrée en jouissance, une évaluation et fixer l'objet de la restitution en conséquence. Ils effacent la virgule après le mot *estimation*. (Zachariæ, § 225.) Cette opinion est contraire à l'ancien droit; elle est de plus difficile à exécuter. Comment estimer à la fin de l'usufruit, et peut-être après de longues années, la valeur de choses qui n'existent plus?

1029. *C*. Suivant d'autres auteurs, il faut faire une distinction. Si les objets ont été *estimés lors de l'entrée en jouissance*, l'usufruitier ne peut se libérer qu'au moyen du prix de l'estimation; l'estimation vaut alors vente; elle a pour but de fixer immédiatement l'objet de la restitution. S'il n'y a *pas eu d'estimation*, l'usufruitier est tenu de restituer d'autres objets de *même quantité et*

qualité, sans pouvoir en offrir la valeur estimative. (Voy. Marcadé, art. 587, n° II.)

Suivant les partisans des deux premières opinions, cette distinction est contraire aux termes généraux de l'article 587.

Nous croyons que la troisième opinion est conforme au droit romain, à l'ancienne jurisprudence et aux principes généraux, et qu'elle n'est pas contraire au texte de l'article 587. (Voy. § 2, J., *De usufructu*, 2, 4, et surtout fr. 5, § 2 et fr. 7, D., *De usufructu*, 7, 5.)

Car, s'il y a eu estimation, il faut présumer que les parties ont voulu dès lors fixer l'objet de la restitution (*pecunia certa*) et l'usufruitier doit cet objet. S'il n'y a pas eu d'estimation, son obligation consiste à rendre ce qu'il a reçu. S'il ne le fait pas, il est responsable de l'inexécution de son obligation; il doit donc payer, à titre de dommages-intérêts, la valeur que la chose a au moment où elle doit être livrée, donc l'estimation *à la fin* de l'usufruit (arg. art. 1903). Il faut donc effacer la virgule après le mot *estimation*.

Rien n'indique que l'article 587 ait voulu substituer une obligation alternative à une obligation *pure et simple;* il dispose pour le cas ordinaire, où il n'y a pas une convention particulière des parties. S'il y a eu estimation lors de l'entrée en jouissance, il y a convention particulière. (Demolombe, t. X, n°s 291-293.)

1030. Que doit restituer l'usufruitier lorsque l'objet de son usufruit est un fonds de commerce? Dans ce cas, il y a quasi-usufruit. Les objets composant le fonds sont essentiellement destinés à être vendus; on ne peut jouir autrement de ce fonds qu'en vendant les objets qui le composent. L'usufruitier peut donc vendre et remplacer les marchandises par d'autres appartenant au même genre. Mais il n'est pas de la nature du fonds de commerce que tous les objets soient exactement remplacés par d'autres de la même espèce. L'usufruitier doit représenter une valeur vénale égale à celle qu'il a reçue. Le nu propriétaire a droit aux objets qui composent le fonds à la cessation de l'usufruit, et à la valeur estimative de ceux qui manquent.

IV. DES OBLIGATIONS ET DES DROITS DU NU PROPRIÉTAIRE.

1031. 1. *Obligations.* L'usufruit est une servitude, donc un droit réel sur une chose. Un semblable droit ne peut consister à obliger le propriétaire de la chose à une prestation positive (*servitus in faciendo consistere non potest*).

Sans doute, si le propriétaire lui-même avait *constitué* l'usufruit, soit à titre gratuit ou à titre onéreux, il serait tenu, conformément aux principes généraux, à toutes les obligations qu'il s'était imposées ; il pourrait donc être obligé de *délivrer* et de *garantir* le droit d'usufruit qu'il avait promis.

Mais ce ne sont pas là des conséquences du droit réel. Le nu propriétaire, comme tel, n'est tenu qu'à une obligation purement *négative*, il doit s'abstenir de tout acte qui serait de nature à porter atteinte à la jouissance de l'usufruitier. « Le propriétaire ne peut », dit l'article 599, alin. 1, « par son fait ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. » Ainsi, l'usufruitier peut demander une indemnité à raison des obstacles que le propriétaire a apportés à sa jouissance, soit par des voies de fait, soit par une contestation.

1032. 2. *Droits du propriétaire.* Il peut faire tous les actes de conservation, quand même ils gêneraient l'usufruitier, par exemple des grosses réparations (art. 605; arg. art. 1724). Il conserve tous les droits de *disposition* de sa propriété qui ne sont pas incompatibles avec le droit de l'usufruitier ; par exemple, il peut aliéner et hypothéquer sa propriété (arg. art. 621); il peut aussi la grever de servitudes, pourvu qu'elles ne diminuent pas la jouissance de l'usufruitier.

SECTION III.

COMMENT L'USUFRUIT PREND FIN (art. 617-624).

1033. L'usufruit s'éteint :

1° Par la mort de l'usufruitier (art. 617). L'usufruit qui n'est pas accordé à des *particuliers*, c'est-à-dire qui appartient à une personne morale, dure trente ans au plus (art. 619); mais il peut s'éteindre plus tôt, par la cessation de l'existence de la personne

morale. (Fr. 21, D., *Quibus modis ususfr. amittatur*, 7, 4.) En droit romain, l'usufruit établi au profit d'une personne morale durait cent ans. (Fr. 56, D., *De usufructu*, 7. 1.)

Ces règles ne peuvent être modifiées par la volonté des particuliers. De là il suit :

a. Que l'on ne peut constituer l'usufruit au profit d'une personne morale pour un terme excédant trente années. Si l'opinion contraire pouvait être admise, il n'y aurait aucune limite pour la durée de l'usufruit ; il pourrait être constitué *in perpetuum ;* ce serait rendre la nue propriété dérisoire et lui ôter toute valeur.

Il ne faut pas confondre avec le legs d'un usufruit le legs annuel d'une certaine somme d'argent ou d'une certaine quotité de denrées. Un semblable legs peut être fait à perpétuité ; il est équivalent au legs d'une rente perpétuelle, et il ne suppose pas une division de la propriété. De même, on peut léguer à perpétuité les fruits d'un fonds. Ce legs équivaut au legs d'une rente perpétuelle égale au montant des fruits.

b. On ne peut pas constituer l'usufruit au profit de quelqu'un et de ses héritiers *à l'infini*, par la même raison. Mais l'usufruit peut être constitué au profit d'une personne et de ses héritiers, pourvu qu'ils existent ou qu'ils soient conçus au moment de la donation ou du décès du testateur (art. 906) ; car plusieurs personnes peuvent être appelées à un usufruit, soit simultanément, soit successivement (art. 898) ; il faut, dans ce cas, que les personnes appelées à l'usufruit aient la capacité requise pour acquérir des droits, c'est-à-dire qu'elles existent. Une semblable disposition ne renferme pas la charge de conserver et de rendre. (Toullier, n° 447 ; Zachariæ, § 230 ; *infrà*, n°s 1697 et 1699.)

Dans le cas où la nue propriété a été léguée à un *tiers*, il faut décider que l'usufruit s'éteint par la mort de l'héritier du testateur et qu'il ne passe pas à l'héritier de son héritier. Ce point, controversé parmi les anciens jurisconsultes romains, a été décidé par la loi 14, C., *De usufructu*, 3, 33.

1034. 2° Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé (art. 617, 580), ou par la mort du tiers dont la vie a été prise pour terme de la durée de l'usufruit (art. 620). Le terme fixé est le *maximum* de la durée de l'usufruit ; mais il s'éteint avant l'arrivée de ce terme par la mort de l'*usufruitier*. L'article 620 en

disant que « l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixe dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé », suppose que l'usufruitier est encore vivant L'article 620 ne s'applique pas à l'usufruit légal des père et mère. (Voy. *suprà*, n° 661, 9°.)

1035. 3° Par l'arrivée de la condition résolutoire expresse ou tacite (art. 580).

1036. 4° Par la résolution *ex tunc* du droit de celui qui l'a accordé, c'est-à-dire si la cause de la résolution est antérieure à la constitution de l'usufruit (*ex antiqua causa*); par exemple, si l'usufruit a été constitué par le propriétaire sur un fonds qu'il avait acquis sous le pacte de rachat (art. 1673, alin. 2) ou par le donataire et que la donation fût révoquée pour cause de survenance d'enfants (art. 960).

1037. 5° Par la consolidation ou la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire. L'usufruit renaît si plus tard l'usufruitier perd la propriété par suite d'une cause existante au moment de la consolidation; par exemple, si l'usufruitier, acquéreur de la propriété, était poursuivi hypothécairement comme tiers détenteur et qu'il fût dépossédé par suite du délaissement ou de l'adjudication faite sur lui (art. 2177; loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, art. 105). (Toullier, n° 456 ; Zachariæ, § 230.)

1038. 6° Par le non-usage pendant trente ans (art. 617).

1039. 7° Par l'usucapion de l'usufruit ou par l'usucapion de la liberté du fonds de la part d'un tiers moyennant une possession pendant dix ou vingt ans avec juste titre et bonne foi. (Voy. art. 2265, 2266; Toullier, n° 458; *suprà*, n° 971.)

1040. 8° Par la renonciation de la part de l'usufruitier (articles 621, 622). L'usufruit étant un *droit réel*, la renonciation peut être faite par un simple acte unilatéral d'abandon, de même que le droit d'hypothèque. Cet acte, pour avoir de l'effet au profit du nu propriétaire, n'a pas besoin d'être accepté par lui. La renonciation n'est soumise à aucune forme; elle peut être expresse ou tacite. (Cass. fr., 16 mars 1870; D., 1870, 1, 329; Paris, 17 juin 1870, sous Cass., 19 août 1872, D. 1872, 1, 397; Lyon, 4 juillet 1873; D., 1874, 5, 526).

Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renon-

ciation qu'il aurait faite à leur préjudice. On demande si les créanciers peuvent attaquer la renonciation qui leur cause *un préjudice,* ou bien s'ils ne peuvent l'attaquer que lorsqu'elle a été faite en *fraude de leurs droits?* Cette question se lie à l'interprétation de l'article 1167. (Voy. *infrà*, t. III.)

1041. 9° Par la déchéance pour abus de jouissance, soit que l'usufruitier commette des dégradations sur le fonds, soit qu'il le laisse dépérir faute d'entretien (art. 618). L'extinction de l'usufruit, dans ce cas, n'a pas lieu de plein droit. Elle doit être prononcée par le tribunal.

Pour que la déchéance puisse être prononcée, il faut que les dégradations affectent la substance de la chose et causent des dommages irréparables quand même la caution usufructuaire existerait. Elle pourrait être prononcée, par exemple, si l'usufruitier épuisait le fonds par son mode de culture, s'il arrachait des arbres fruitiers ou coupait des arbres de haute futaie en quantité notable. L'usufruitier doit être condamné aux dommages-intérêts. S'il a abusivement abattu des arbres de haute futaie, l'indemnité pour abus de jouissance est exigible dès l'abus commis et non pas seulement à l'époque de l'extinction de l'usufruit. L'usufruitier n'a pas la jouissance des sommes allouées au propriétaire pour abus de jouissance. (Gand, 25 janvier 1856, B. J., t. 14, 279; P., 1857, 142.)

1042. Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations, pour la conservation de leurs droits; ils peuvent offrir la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir. Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants cause une somme déterminée jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser (art. 618, alin. 2, 3).

Les juges peuvent user de la faculté que leur laisse cette dernière disposition dans le cas où les créanciers interviennent comme dans celui où ils n'interviennent pas. (Observations du Tribunat, n° 16, Locré, VIII, 257.)

1043. 10° Par la perte de la chose. Il faut distinguer :

A. Si la perte est partielle, elle n'éteint pas l'usufruit qui est

conservé sur ce qui reste (art. 623, 616, alin. 2). Par conséquent l'usufruit ne s'éteint pas lorsqu'une maison qui en est l'objet est partiellement détruite et partiellement reconstruite, alors même que, par suite de ces reconstructions partielles, elle se trouverait entièrement renouvelée au bout d'un certain temps. Par la même raison, si l'usufruit était établi sur un domaine dont un bâtiment faisait partie, l'usufruitier, en cas de destruction du bâtiment, jouirait du sol et des matériaux (art. 624, alin. 2).

B. Si la perte est totale, elle éteint l'usufruit Ainsi, si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux (art. 624, alin. 1).

Lorsque l'usufruit est établi sur plusieurs maisons, chaque maison forme un objet spécial, dont la destruction entraîne la perte de l'usufruit.

Si la maison qui fait l'objet de l'usufruit est détruite, l'usufruit reste éteint, alors même que la maison serait rebâtie par le propriétaire; c'est un objet nouveau.

Il en serait de même si la maison avait été reconstruite par l'usufruitier. Ce dernier se trouverait alors dans la position d'un constructeur de mauvaise foi (art. 555 et *suprà,* n° 950).

Sur l'extinction de l'usufruit établi sur un animal ou sur un troupeau, voy. *suprà,* n° 1015.

1044. Le changement de la chose, par exemple l'inondation d'un champ, ne fait plus perdre l'usufruit. D'après notre législation, différente du droit romain, on n'admet plus le changement comme un mode d'extinction de l'usufruit. Donc, il n'y a pas lieu d'examiner si l'usufruit renaît lorsque la chose revient à son état primitif.

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION. (Art. 625-636.)

I. DE L'USAGE.

A. *Définition.*

1045. L'*usage,* d'après les lois françaises, est un *usufruit restreint.* Il diffère de l'usage à Rome en ce que le premier donne à l'usager droit à une *partie des fruits,* tandis que l'usager romain n'y avait droit qu'exceptionnellement, par suite d'une interprétation bienveillante. (Maynz, *Cours de droit romain,* § 129.)

B. *Comment le droit d'usage s'établit et comment il se perd.*

1046. Le droit d'usage s'établit et se perd de la même manière que l'usufruit, dit l'article 625. (*Suprà,* nos 968-971.) Mais cette disposition n'est pas tout à fait exacte; car l'usage ne s'établit pas par *la loi*, d'après notre législation. Le droit établi en faveur de la femme par les articles 1465 et 1570 n'est pas un droit usager, comme le prétend Zachariæ; car ce n'est pas un *droit réel* sur la chose, mais c'est un simple droit personnel contre les héritiers du mari.

C. *Des droits et des obligations de l'usager.*

1047. Le droit d'usage se règle par le titre qui l'a établi et reçoit, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue; si le titre ne s'explique pas sur l'étendue de ce droit, il est réglé par les dispositions de la loi (art. 628, 629).

Les parties ont donc toute latitude de modifier les droits que la loi attribue à l'usager. Ainsi, par exemple, rien ne s'oppose à ce que le titre constitutif donne à l'usager la faculté de louer ou d'aliéner son droit. (Demolombe, t. X, n° 768.)

Nous allons exposer les droits et les obligations de l'usager, d'après la loi, en l'absence d'une disposition modificative.

1048. 1. Droits de l'usager. Le besoin de l'usager est la mesure de son droit. La loi prévoit spécialement le cas où l'usage est établi sur un fonds. « Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds », dit l'article 630, « ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. Il peut en exiger pour les besoins mêmes des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage. » A cause de la généralité du mot *enfant*, il faut y comprendre aussi les enfants naturels reconnus, d'autant plus que le père a l'obligation de les alimenter. Il en est de même des enfants adoptifs. Toutefois ce dernier point est controversé.

Quant aux *ascendants* et aux *parents collatéraux*, ils ne doivent, à la rigueur, pas être compris dans la famille dont l'usager est le chef. Cependant si, à l'époque de la concession de l'usage, ces parents habitaient avec l'usager, il faudrait les considérer comme faisant partie de sa famille. C'est l'interprétation de la plupart des auteurs.

Les domestiques que l'usager a habituellement à son service sont aussi censés appartenir à sa famille.

1049. Il résulte de ce qui précède que l'étendue du droit d'usage est très-variable, tant à l'égard des personnes qui en jouissent qu'à l'égard de la chose qui y est soumise. Ainsi, tantôt il peut avoir pour objet seulement une partie des fruits d'un fonds, tantôt il peut en absorber tous les fruits (art. 630, 635). L'étendue de l'usage peut aussi subir des variations pendant sa durée, lorsque les besoins de l'usager changent.

1050. C'est d'après les distinctions indiquées au numéro précédent qu'il faut décider la question de savoir si l'usager peut demander la *délivrance* du fonds sur lequel l'usage est établi. Si l'usage absorbe tous les fruits, l'usager peut demander la délivrance du fonds; il peut le posséder et cultiver lui-même. Car d'après l'article 626, on ne peut jouir de la chose sans donner préalablement caution et sans faire des états et inventaires. L'obligation de donner caution et de faire inventaire n'aurait aucun motif raisonnable, si elle n'avait pas pour but de constater l'état des choses soumises à l'usage et d'en garantir la *restitution*; or, pour restituer il faut avoir reçu.

Mais si l'usage n'absorbe qu'une partie des fruits, l'usager peut seulement *exiger* du propriétaire la quantité de fruits dont il a besoin pour lui et pour sa famille. Les auteurs décident la question d'après cette distinction. (Duranton, t. V, nos 27 et 37; Demolombe, no 771.)

1051. L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre (art. 631). Car l'étendue de son droit ayant une base tout à fait *individuelle*, son besoin personnel et celui de sa famille, cette base viendrait à changer si l'usage était transféré à une autre personne.

Il suit de cette prohibition que l'usage ne peut pas être hypothéqué ni être saisi par les créanciers de l'usager (code civ., art. 2114 ; loi hypothécaire belge, art. 45 ; code de procédure, arg. art. 581).

1052. 2. Obligations de l'usager. Il doit jouir en bon père de famille, et avant d'entrer en jouissance il est tenu, de même que l'usufruitier, de donner caution et de faire des états et inventaires (art. 626, 627, 600).

Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au payement des contributions comme l'usufruitier. S'il ne prend qu'une partie des fruits, il contribue au *prorata* de ce dont il jouit (art. 635).

1053. L'usage des bois et forêts est réglé par des lois particulières (art. 637). (Voy. la loi **française** du 21 mai 1827 et la loi **belge** du 19 décembre 1854 contenant le code forestier.)

II. DE L'HABITATION.

1054. Le droit d'habitation est le droit d'usage établi sur une maison (*usus ædium*). Il est régi par les règles générales sur l'usage, exposées ci-dessus, aux nos 1046-1052.

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

1055. La source de la plus grande partie des dispositions de ce titre est le droit coutumier; d'autres sont puisées dans le droit romain ou dans la doctrine des auteurs. Nous indiquerons plus spécialement les sources, à mesure que nous traiterons des diverses matières.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1056. Nous avons vu *suprà*, n° 965, pourquoi les auteurs du code se sont écartés de la terminologie romaine et n'ont plus donné le nom de *servitudes* aux démembrements de la propriété établis au profit d'une personne.

Aux termes de l'article 637, « la servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». C'est la définition de la servitude *réelle* du droit romain.

Le mot *héritage* est synonyme de *fonds* ou *immeuble*. Il est employé en ce sens dans les anciennes coutumes.

La servitude suppose donc trois conditions :

1° Deux héritages, l'un qui est grevé de la servitude, appelé, en droit romain et par les auteurs, *fonds servant* (*prædium serviens*), l'autre au profit duquel elle est établie, appelé le *fonds dominant* (*prædium dominans*). Le droit de servitude est inhérent au *fonds* même, et non à la personne qui le possède, bien que cette dernière l'*exerce*.

2° Les deux immeubles doivent appartenir à deux *propriétaires différents*. On ne peut pas avoir une servitude sur sa propre chose (*nulli res sua servit*) ; car les actes de disposition que l'on pose à l'égard de sa propre chose sont les conséquences du droit de propriété, et non d'une servitude.

3° La servitude est établie sur un fonds pour l'*usage* et l'*utilité* d'un autre *fonds;* elle ne peut donc pas être établie sur une personne ni au profit d'une personne (art. 686). (Voy. *infrà,* chap. III, sect. I.)

1057. Il ne faut pas confondre avec les *servitudes* la *copropriété pro indiviso,* ni la propriété distincte d'une partie d'un fonds, soit souterraine, soit superficiaire; par exemple, la propriété d'une cave, d'un aqueduc (art. 553 et *suprà,* n° 947). La servitude est une chose *incorporelle.* Les propriétés souterraines ou superficiaires sont de véritables *parties du fonds.* Cette distinction est importante, surtout par rapport à la prescription.

1058. « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre », dit l'article 638. La féodalité avait introduit une hiérarchie et une classification des fonds comme des personnes. L'article 638, en établissant l'égalité des fonds, reproduit le principe de la liberté du sol proclamé par l'article 1er du titre Ier de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791. Aucune prééminence n'est plus possible dans le sens de l'ancien droit. C'est aussi pour ne plus rappeler le souvenir des soumissions et dépendances féodales que le code évite de se servir des termes *fonds dominant* et *fonds servant* (*suprà,* n° 1056), bien que ces termes aient une signification tout à fait étrangère au droit féodal.

1059. Il est à remarquer que ce titre, quoique intitulé : *Des servitudes,* contient un grand nombre de dispositions qui ne concernent pas les servitudes, mais qui contiennent des règles sur l'exercice du droit de propriété ou sur la copropriété, ou des restrictions légales du droit de propriété, ou de véritables obligations de voisinage ayant un caractère purement personnel (art. 1370). Nous dirons même que le plus grand nombre de ces dispositions, surtout des deux premiers chapitres, sont étrangères aux servitudes proprement dites, dont il est traité seulement au troisième chapitre (art. 686-710). On peut se demander pourquoi les auteurs du code ont réuni dans un seul et même titre des règles qui diffèrent tant par leur caractère juridique? Nous pouvons répondre avec M. Demolombe « qu'ils ont voulu réunir dans un même cadre le tableau complet de toutes les dispositions qui, malgré les différences d'origine et de nature qui les distinguent, ont pour résultat commun de réglementer la

propriété foncière, et toutes ces dispositions ont entre elles ce grand rapport de ressemblance et affectent, avant tout, les héritages eux-mêmes ». (T. XI, n° 9.)

La terminologie et la classification du code causent quelques embarras de méthode. Il est difficile de trouver une place convenable pour exposer les principes généraux sur les servitudes; il nous semble le plus rationnel d'en traiter au commencement du chapitre III.

1060. En prenant pour base la cause juridique sur laquelle une servitude peut être fondée, l'article 639 dit qu'elle dérive ou de la *situation naturelle des lieux,* ou des obligations imposées *par la loi,* ou des *conventions* entre les propriétaires, c'est-à-dire du *fait de l'homme,* comme le dit plus correctement l'intitulé du troisième chapitre, puisque les servitudes peuvent aussi être établies par acte de dernière volonté.

Les *deux* premières catégories sont fondées sur *la loi;* les premières sont établies par la loi pour des situations créées par la nature elle-même; les deuxièmes sont établies par la loi pour des situations créées par la volonté humaine. Mais il est difficile d'attacher à cette différence une conséquence pratique, si ce n'est que, dans la première hypothèse, la loi attribue quelquefois au juge un pouvoir discrétionnaire de régler les intérêts des propriétaires.

CHAPITRE PREMIER.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX. (ART. 640-649.)

I. DE L'EAU DE PLUIE ET DE L'EAU DE SOURCE (art. 640).

1061. Les fonds inférieurs sont assujettis, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur (art. 640).

Cette disposition a pour source le titre du D., *De aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione*, 39, 3, qui peut encore servir de commentaire du code civil.

En droit romain, la restriction imposée au fonds inférieur n'était pas une véritable *servitude*, un droit réel établi au profit du fonds supérieur. Le propriétaire du fonds supérieur avait contre le propriétaire du fonds inférieur une simple action *personnelle* (*actio aquæ pluviæ arcendæ*), à l'effet de lui défendre de s'opposer à l'écoulement naturel des eaux.

La rédaction de l'article 640 comparée avec l'article 637 (*suprà*, n° 1056) prouve que le code considère cette restriction comme une servitude consistant *in non faciendo*.

La circonstance que les eaux traversent la voie publique pour arriver du fonds supérieur au fonds inférieur n'affranchit pas le fonds inférieur de cette servitude. (Cass. fr., 3 août 1852; D., 1852, 1, 220, et 24 juin 1867, D., 1867, 1, 503.)

1062. La servitude qui pèse sur le fonds inférieur se borne aux eaux qui *découlent naturellement* du fonds supérieur et qui sont les produits ordinaires de la nature seule : ainsi aux eaux de pluie tombées directement du ciel sur le fonds, ou arrivées par l'effet d'une disposition naturelle des lieux, ou aux eaux provenant d'une source.

Il s'ensuit que l'article 640 ne s'applique pas aux eaux provenant du ménage ou d'une fabrique, ou d'une usine, ni aux eaux pluviales qui découlent d'un toit ou des égouts dans lesquels elles ont été recueillies. (Brux., 13 mai 1872, P., 1872, 265; Besançon, 10 mars 1868, D., 1868, 2, 131, Liége, 22 mai et 1er décembre 1869; P., 1871, 7; 1870, 283.)

Lorsque, par des travaux d'art, le propriétaire d'un fonds a fait surgir, à la surface du sol, des eaux souterraines qui n'avaient pas d'issue extérieure, le propriétaire du fonds inférieur n'est pas obligé de les recevoir.

1063. Le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu non plus de recevoir les eaux produites par un événement de force majeure, par exemple par les inondations provenant des torrents et des fleuves. Chacun a le droit de s'en préserver. Il peut donc faire tous les ouvrages nécessaires pour garantir ses propriétés des suites de l'inondation. (Aix, 19 mai 1813.) Mais après le dan-

ger, le propriétaire du fonds supérieur peut exiger que ces ouvrages soient supprimés et que les choses soient rétablies dans leur état primitif. Le propriétaire inférieur peut même modifier l'exercice de la servitude s'il n'en résulte aucun préjudice pour le fonds supérieur. (Chambéry, 14 août 1868, D., 1868, 2, 235; Gand, 1er juillet 1875, P., 1876, 32; Cass. belge, 4 mai 1876, P., 1876, 192.)

1064. De ce qu'il est exigé que la main de l'homme n'ait pas contribué à l'écoulement des eaux, il ne faut pas conclure que le propriétaire du fonds supérieur ne puisse varier le mode de culture et d'exploitation de son fonds, alors même que ces travaux apporteraient quelque changement au mode d'écoulement des eaux; ainsi, par exemple, il lui est permis de pratiquer des rigoles ou des sillons. Certainement le propriétaire du fonds supérieur ne peut, par ses travaux, rendre la servitude plus onéreuse au fonds inférieur; par exemple, donner aux eaux une direction vers le fonds inférieur qu'elles n'avaient pas par la disposition naturelle du terrain. C'est une question d'appréciation du juge. (Gand, 11 août 1852, B. J., t. 10, 1237.)

Si par des fouilles spécialement entreprises en vue de se procurer de l'eau, le propriétaire du fonds supérieur avait fait un ouvrage, par exemple un puits artésien, qui fît jaillir une quantité d'eau assez considérable pour qu'elle eût besoin d'écoulement, le propriétaire inférieur ne serait pas obligé de les recevoir, quand même le premier aurait besoin de l'eau pour son exploitation, sauf aux tribunaux à se guider sur les règles indiquées dans l'article 645. (Cass. fr., 11 déc. 1860, D., 1861, I, 14.)

En **France** et en **Belgique**, les propriétaires des fonds inférieurs doivent recevoir les eaux découlant des terrains arrosés par le propriétaire dont le fonds est bordé par une eau courante, sauf l'indemnité qui pourrait leur être due, et qui, en cas de contestation, devra être réglée par les tribunaux civils qui, en prononçant, devront concilier l'intérêt de l'opération avec le respect dû à la propriété. Les bâtiments ainsi que les cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations sont exceptés de cette servitude. (Loi **française** du 29 avril 1845 sur les irrigations, art. 2 et 4; loi **belge** du 27 avril 1848 sur les irrigations, art. 2, 4, 7.)

1065. La loi n'a pas formellement créé la servitude à la charge du fonds inférieur de recevoir les éboulements de terrain qui se détachent naturellement du fonds supérieur sans que la main de l'homme y ait contribué. Il faut, avec l'ancienne jurisprudence, l'assimiler à la servitude de l'article 640, comme une nécessité ayant le même caractère et résultant de la situation naturelle des lieux.

Mais le propriétaire du fonds supérieur ne peut pas travailler de manière à multiplier les éboulements et à les rendre plus incommodes. Alors le propriétaire du fonds inférieur pourrait le forcer à retenir ses terres au moyen d'une terrasse ou d'un contre-mur. (Demolombe, t. XI, nos 54-59.)

Il est vrai que l'article 192 de la coutume de Paris obligeait le propriétaire d'un terrain joignant le fonds d'autrui à faire un contre-mur, s'il avait des terres jectisses dans son fonds. Mais cette disposition spéciale, qui repoussait l'extension de la servitude légale de l'article 640, n'a pas été reproduite par le code.

II. DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE D'UNE SOURCE (art. 641-643).

1066. La propriété est le droit de disposer d'une chose d'une manière absolue, illimitée et exclusive, et la propriété du sol emporte le dessus et le dessous (*suprà*, nos 891, 946), le tout sauf les restrictions ou les démembrements que les tiers pourraient avoir légalement acquis.

La disposition de l'article 641, portant que « celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription », ne fait donc qu'appliquer la règle générale à la propriété d'une source ; elle n'est qu'une émanation du *droit de propriété* et ne contient pas l'établissement d'une servitude.

Mais la propriété des sources et des cours d'eau est d'une espèce particulière. Les eaux sont inégalement répandues sur la terre ; abondantes ici, elles manquent au fonds voisin ; tantôt le propriétaire du fonds où jaillit la source est heureux de pouvoir laisser écouler les eaux superflues chez son voisin ; souvent ce dernier est content de les recevoir, parce que, autrement, il verrait ses terres condamnées à une stérilité perpétuelle, et il serait lui-

même dans la nécessité de se procurer à grand'peine et à grands frais l'eau indispensable à son usage. L'eau est nécessaire à tous. Les besoins du propriétaire de la source satisfaits, l'équité, l'intérêt public et la destination même de l'eau ne permettent pas que les propriétaires des fonds voisins en soient arbitrairement privés, d'autant moins que le profit que ces derniers peuvent en tirer ne porte ordinairement aucun préjudice au premier, et que la Providence a créé pour l'usage de tous cet élément nécessaire à tous. (Voy. le discours de Maleville au conseil d'État, dans la séance du 4 brumaire an XII, n° 6, Locré, VIII, 336.)

C'est pour ces raisons que la loi n'attribue pas à la propriété d'une source ou d'un cours d'eau le même caractère absolu et exclusif qu'à la propriété des autres choses. La propriété absolue et exclusive d'une source est tempérée en deux points :

1° En ce qu'une restriction de cette propriété peut être acquise en dehors des principes généraux sur la manière d'acquérir les droits (voy. *infrà*, n° 1069);

2° En ce que la faculté du propriétaire de disposer de la source est limitée.

Nous allons nous occuper plus spécialement de chacune de ces deux modifications.

1067. 1° Le propriétaire du fonds inférieur peut avoir acquis un droit aux eaux de la source par *titre* ou par *prescription* (art. 641).

Mais pour *prescrire* ou pour *usucaper* un *droit* contre le droit du propriétaire de la source, il ne suffit pas que l'écoulement des eaux ait eu lieu pendant trente ans par le même fonds inférieur ou dans la même direction. Cette circonstance seule ne peut donner au propriétaire du fonds inférieur le *droit* d'empêcher le propriétaire de la source d'en user à sa volonté et d'en changer le cours. L'article 642 porte : « La prescription, dans ce cas, ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminé *des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours des eaux dans sa propriété.* »

1068. C'est une question très-controversée que de savoir *si les ouvrages dont parle l'article 642 doivent être faits sur le fonds même où naît la source, ou s'il suffit qu'ils soient faits sur le fonds de celui qui veut en usucaper l'usage, ou à tout autre endroit ?*

L'opinion qui soutient que les ouvrages doivent être faits sur le fonds où la source prend naissance a pour elle les anciens jurisconsultes français, beaucoup d'auteurs modernes et la jurisprudence. Cette opinion est sans doute conforme aux principes généraux sur l'usucapion. Car celui qui veut prescrire doit nécessairement faire un acte de possession de la chose ou du droit qu'il veut prescrire. Cet acte de possession ne peut jamais résulter d'un ouvrage que quelqu'un fait sur son *propre* fonds. Chacun est libre de faire sur son terrain tout ce qu'il veut, et le propriétaire du fonds supérieur où se trouve la source n'a aucun droit de s'y opposer; il ne peut pas en demander la suppression; il ne peut pas même interrompre la possession, à moins de changer tous les trente ans le cours de sa source, alors même que ce changement serait contraire à ses intérêts. Toullier, III, n° 635; Duranton, V, n° 181; Proudhon, *Domaine public*, IV, 1372; Demolombe, XI, n°s 79-80.)

1069. Néanmoins, l'opinion contraire doit être adoptée, bien qu'elle ne soit pas conforme aux principes; car le législateur a *voulu* faire ici une *exception* et une innovation. Nous invoquerons à l'appui les travaux préparatoires et l'économie de la loi.

A. *Les travaux préparatoires*. Le projet de code soumis à la discussion ne contenait qu'un article sur le propriétaire d'une source; il se bornait à proclamer la règle : *Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté* (art. 5 du projet). Au conseil d'État, Berlier proposait d'ajouter : *sans préjudice néanmoins des droits du propriétaire de l'héritage inférieur, quand il a reçu l'eau de cette source pendant un temps suffisant pour en prescrire l'usage*. Il n'exigeait pas même que le propriétaire inférieur eût fait des ouvrages quelconques.

Pour motiver son amendement, il ajoutait que la propriété d'une source est d'une *espèce toute particulière*, et que ce serait porter un grand préjudice aux héritages inférieurs que de supprimer ou détourner le cours d'eau, surtout si les choses ne sont plus à leur origine, et si les propriétaires des fonds inférieurs ont fait des ouvrages en considération de cet état de choses. Cet amendement, qui donna lieu à une longue discussion, fut défendu par Regnault, Maleville et Cambacérès, combattu par Tronchet et Treilhard. Regnault avait proposé d'étendre l'amen-

dement de Berlier au cas où la source, naissant sur le fonds d'un particulier, fournissait l'eau à tout un village.

Lorsque, au conseil d'État, on citait l'ancien droit et l'ancienne jurisprudence sur cette matière, Berlier, auteur de l'amendement, a clairement indiqué son intention de faire du *droit nouveau*. « *Abstraction faite des anciens principes* », dit-il, « *il faut aujourd'hui faire ce qui est le plus utile et le plus juste* »; et le consul Cambacérès ajoutait, en comparant l'ancienne jurisprudence à l'amendement de Berlier : « *La modification qu'on a proposé de faire au* PRINCIPE GÉNÉRAL *est juste*. »

L'article fut adopté avec les amendements proposés par Berlier, Regnault et le consul Cambacérès, et renvoyé à la section de législation pour la rédaction. La section, faisant droit aux amendements, ajouta deux articles, devenus les articles 642 et 643 du code. Mais dans l'article 642 se trouvaient, à la place des mots *ouvrages apparents*, les mots *ouvrages extérieurs*.

La section du Tribunat, dans ses observations, n° 3, expose les motifs des deux opinions, d'abord de celle de l'ancienne jurisprudence, et puis de celle que l'amendement Berlier avait pour but d'introduire, et elle ajoute que *cette dernière opinion a prévalu*. Et c'est précisément pour cette raison que la section propose de remplacer le mot *extérieurs* par *apparents*.

Car, disait-elle, puisque les ouvrages peuvent être faits par le propriétaire du fonds *inférieur*, qui veut acquérir par prescription, il ne suffit pas qu'ils soient faits à l'*extérieur* et *visibles*, mais il faut encore qu'il soit *apparent* ou *évident* que ces ouvrages sont *destinés* à faciliter la chute et le cours de l'eau dans la propriété inférieure. Autrement il y aurait eu injustice à admettre la prescription. (Séance du conseil d'État du 4 brumaire an XII (27 octobre 1803), n°s 6, 7 ; Observations du Tribunat, n° 3; Exposé de motifs, n° 6, Locré, VIII, 334-340; 355-358; 368.)

1070. *B. L'économie de la loi.* Si l'on interprète l'article 642 dans le sens de la première opinion, pourquoi les deux articles 641 et 642 se trouvent-ils dans le chapitre *des Servitudes légales* ou dérivant de la *situation des lieux ?* En quoi consiste alors la *servitude?* Ces deux articles n'auraient indiqué, le premier, qu'une conséquence du droit de propriété, et le second, une règle sur l'*acquisition d'une servitude par prescription ;* leur place natu-

relle aurait donc été ou dans le titre II, *de la Propriété*, ou dans la section II du chapitre III de ce titre, qui traite de la manière dont les servitudes s'établissent par le fait de l'homme.

En règle générale, le propriétaire du fonds inférieur ne peut établir à son profit une servitude sur le fonds supérieur sans un ouvrage fait et terminé sur ce dernier fonds. Dans le cas de l'article 642, le propriétaire inférieur tient sa jouissance du bienfait de la nature. Si le propriétaire supérieur laisse passer l'intervalle de trente ans sans troubler cette jouissance, il est censé avoir ratifié l'ouvrage de la nature, le bienfait résultant de la situation des lieux. La jouissance de l'eau est irrévocablement acquise à celui qui, par des ouvrages *apparents,* a annoncé son intention de prescrire cette jouissance que la situation des lieux lui a donnée. La *servitude légale* consiste donc précisément en ce que le propriétaire de la source ne peut plus la détourner, lorsque le propriétaire d'un fonds inférieur ou voisin a fait sur *son propre fonds* des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. (Voy., en ce sens, Pardessus, *Servitudes,* n° 10; Zachariæ, § 236; Marcadé, art. 642, n° II.) La jurisprudence française se prononce généralement en sens contraire. (Cass. fr., 23 janvier 1867, D., 1867, 1, 159 et la note; 17 novembre 1869; 5 juin 1872; 23 novembre 1875, D., 1870, 1, 197; 1874, 1, 86; 1876, 1, 423.)

1071. La prescription peut être interrompue *naturellement* par un changement du cours de l'eau ou par l'interruption de la possession, c'est-à-dire par la discontinuation des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute de l'eau dans le fonds inférieur (art. 2243).

Comment se fera l'interruption *civile?* Suivant quelques auteurs, par une simple protestation extrajudiciaire. Nos lois n'admettent plus ce moyen d'interruption (art. 2244-2247). Il faut donc ou une reconnaissance extrajudiciaire volontaire (art. 2248), ou bien une citation en justice, tendante à faire déclarer que le propriétaire inférieur ne pourra jamais opposer au propriétaire supérieur les ouvrages existants comme fondement de l'usucapion admise par l'article 642. Alors le propriétaire inférieur ne pourrait plus prescrire; car, ce serait une prescription contre son titre (art. 2240). (Zachariæ, § 236, note 7.)

Le propriétaire de la source n'a pas le droit de demander la destruction des travaux faits sur le fonds inférieur.

1072. Les règles exposées aux nos 1068-1071 s'appliquent également aux eaux *pluviales*.

L'usage des eaux de pluie qui viennent d'un fonds est susceptible de possession et d'usucapion, comme l'usage des eaux de source. (Colmar, 28 mars 1868; Nancy, 19 décembre 1868, D., 1871, 2, 110 et 144.) Mais il n'en est pas de même des eaux de pluie qui tombent ou coulent sur la voie publique. De même que la voie publique n'est pas susceptible d'une propriété privée (art. 538) ni d'une servitude, de même l'eau qui coule sur cette voie est à l'usage de tout le monde, Ainsi chaque propriétaire peut s'en servir, la détourner à son passage, même au préjudice du propriétaire d'un fonds inférieur qui aurait précédemment fait des travaux pour les employer à son profit. (Cass. fr., 18 déc. 1866 et 26 mars 1867, D., 1867, 1, 382 et 384.)

1073. 2° La deuxième modification du droit de propriété, lorsqu'il a pour objet une source, consiste en ce que la faculté du propriétaire d'en disposer est *limitée* (*suprà*, n° 1066). Le propriétaire de la source *ne peut en changer le cours*, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est *nécessaire;* mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts (art. 643).

Ici l'intérêt et le droit privé fléchissent devant l'intérêt public. Mais le principe ne fléchit pas en faveur d'une *habitation isolée*.

1074. Quelques jurisconsultes, par exemple Toullier, III, n° 134, et Pardessus, n° 138, soutiennent que cette disposition peut être étendue à des cas où des eaux d'une source sont nécessaires pour alimenter un établissement destiné à satisfaire aux besoins d'une commune, par exemple un moulin qui approvisionne une commune.

Cette extension est contraire au texte et à l'esprit de la loi, qui parle évidemment d'un besoin *direct* d'eau. Dans l'hypothèse citée, le besoin est *indirect*.

En procédant par le même argument, on arriverait à étendre l'article 643 à tous les cas où un particulier, qui a besoin d'eau

pour une usine, fournit le produit de cette usine aux habitants d'une commune.

1075. L'article 643 est applicable lorsque l'eau est *nécessaire* pour la consommation personnelle des habitants et du bétail, mais non pas lorsqu'elle offrirait des *avantages* ou serait nécessaire pour des établissements industriels ou pour l'irrigation des prairies.

1076. L'*indemnité* à laquelle le propriétaire de la source a droit doit être fixée en raison du *préjudice* qu'il éprouve et du gain dont il est privé, et non pas en proportion de l'avantage que les habitants de la commune retirent de la source.

L'indemnité n'est pas due lorsque l'usage de la source a été concédé aux habitants de la commune par acte de dernière volonté ou par acte entre-vifs à titre gratuit, ou lorsqu'il a été acquis par prescription.

1077. L'action en indemnité elle-même peut se prescrire; mais sous quelles conditions, dans quel délai? Il faut distinguer :

1° Les habitants de la commune ont *prescrit l'usage des eaux*. Ils ne doivent aucune indemnité. Mais ils ne peuvent le prescrire que sous les conditions et d'après les règles indiquées aux nos 1068-1070.

2° Ces conditions n'existent pas. Les habitants sont simplement en *possession* de la jouissance de l'eau. Suivant quelques jurisconsultes, l'action en indemnité est éteinte si les habitants ont joui de l'usage de l'eau pendant trente ans, parce que cette prescription n'a pas pour objet de *faire acquérir le droit à la jouissance*, mais seulement de *libérer de l'indemnité*. (Zachariæ, § 237; Pardessus, n° 138; Demolombe, XI, n° 98.)

Cette opinion est erronée. Car toute prescription suppose une *actio nata*.

L'action en indemnité n'est pas *née par cela seul que la source fournit l'eau aux habitants d'une commune*, mais elle naît de ce que cette circonstance empêche le propriétaire de la source d'*en changer le cours*. Il n'a donc une action en indemnité qu'à partir du moment où les habitants de la commune se sont *opposés* à ce qu'il change le cours de la source, et c'est à partir de ce moment que court la prescription de l'indemnité.

III. DU FONDS BORDÉ OU TRAVERSÉ PAR UNE EAU COURANTE NON NAVIGABLE NI FLOTTABLE (art. 644).

1078. Ce que nous avons dit *suprà*, au n° 1066, du caractère de la propriété d'une source d'eau, s'applique également à la propriété d'une eau courante. On ne saurait déterminer d'une manière précise les droits du propriétaire d'une eau courante et les limites de ces droits. C'est pourquoi l'article 645 donne aux tribunaux un certain pouvoir discrétionnaire, dont ils peuvent faire usage, non-seulement lorsqu'il s'agit de régler les droits de plusieurs propriétaires riverains d'une eau courante, mais dans toutes les contestations sur des eaux qui peuvent être utiles à plusieurs propriétaires.

1079. Dans l'article 644 il s'agit de plusieurs propriétaires dont les fonds sont bordés par une *eau courante* non navigable ni flottable; sa disposition ne s'applique donc pas aux eaux courantes, qui sont une dépendance du domaine public (art. 538, et *suprà*, n° 886), ni aux étangs, lacs ou réservoirs d'eau, ni aux canaux creusés par la main de l'homme, qu'ils appartiennent à l'État, à une commune ou à un particulier; ni aux eaux pluviales, ni au cas où le fonds est séparé du cours d'eau par la voie publique. (Cass. fr., 25 mars et 5mai 1868, D., 1868, 493 et 336; 5 juin 1872, D., 1874, 1, 86.) Il faut distinguer deux cas principaux.

A. *L'eau courante borde une propriété.*

1080. Le propriétaire du fonds riverain a la propriété de la moitié, à partir de la ligne que l'on suppose tracée au milieu de la rivière (art. 561). Il peut se servir de l'eau à son passage pour l'*irrigation de ses propriétés* (art. 644).

Il ne peut donc pas détourner les eaux pour un autre usage, par exemple, pour activer une usine. Cela résulte clairement du second alinéa de l'article 644. (Voy. *infrà*, n° 1083.) Cependant, si cet usage ne portait préjudice à personne, nul ne pourrait l'attaquer. Il peut y avoir lieu aussi d'appliquer l'article 645. (Voy. *infrà*, n° 1085; Cass. fr., 19 janv. 1874, D., 1874, 1, 118.)

Le propriétaire riverain peut faire des saignées et des rigoles sur la rive dont il est propriétaire.

1081. D'après la loi **française** du 29 avril 1845, art. 1 et 4, et la loi **belge** du 27 avril 1848 sur les *irrigations* (art. 1 et 4), le propriétaire riverain peut même obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires autres que bâtiments, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations, situés entre la rivière et la propriété qu'il veut arroser, mais à la charge d'une juste et préalable indemnité pour les propriétaires de ces fonds intermédiaires.

1082. Le propriétaire riverain peut établir dans le lit de la rivière des barrages et autres ouvrages d'art nécessaires pour la prise d'eau. Mais peut-il les appliquer sur la rive opposée sans le consentement du propriétaire de cette dernière? Cette question, controversée sous le code, a été décidée en sens affirmatif par la loi **française** du 11 juillet 1847, art. 1 et 2 et par la loi **belge** du 27 avril 1848, art. 5 et 6. Mais le propriétaire de la rive opposée a droit à une juste et préalable indemnité, et les ouvrages doivent être construits et entretenus de manière à ne nuire en rien aux héritages voisins. Les bâtiments et les cours et jardins attenant aux habitations sont exceptés de cette servitude.

Le propriétaire de la rive opposée peut toujours demander l'usage commun du barrage, en contribuant pour moitié aux frais d'établissement et d'entretien. Dans ce cas, aucune indemnité n'est due respectivement, et celle qui a été payée doit être rendue. Lorsque l'usage commun ne sera réclamé qu'après le commencement ou l'achèvement des travaux, celui qui le demandera devra supporter seul l'excédant de la dépense auquel donneront lieu les changements à faire au barrage pour l'approprier à l'irrigation de son fonds.

On le voit, ces deux lois ont appliqué à ce cas les règles sur la mitoyenneté (art. 655-661).

B. *L'eau courante traverse une propriété.*

1083. Le propriétaire riverain a la propriété du cours d'eau dans toute sa largeur. Il a des droits de jouissance plus étendus que celui dont le fonds est *bordé* par un cours d'eau. Il peut se

servir de l'eau dans l'intervalle qu'elle parcourt sur son fonds et même en dériver le cours non-seulement pour l'*irrigation de ses propriétés*, mais pour tout autre usage d'utilité ou d'agrément, à la charge, toutefois, de la rendre, à la sortie de son fonds, à son cours ordinaire (art. 644, alinéa 2).

Mais il ne peut pas faire des ouvrages qui ont pour effet de faire refluer les eaux au préjudice des propriétaires des fonds supérieurs et de leur causer une inondation. En pareil cas, les propriétaires des fonds supérieurs peuvent demander la destruction des ouvrages avec dommages-intérêts. Ce fait constitue même un délit puni d'une amende égale à la somme des dommages-intérêts (loi des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. II, art. 15).

Il ne peut pas non plus entièrement absorber l'usage des eaux, au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs.

1084. Les droits respectifs des propriétaires riverains sur les cours d'eau peuvent être modifiés par des conventions particulières ou par prescription (arg., art. 643). Mais la possession nécessaire pour prescrire un droit contraire à ceux établis par la loi suppose des travaux apparents et continus, par exemple, un barrage, un fossé, une écluse; de plus, il faut que ces travaux aient empêché d'autres riverains d'exercer le droit de prise d'eau que leur donne la loi et contre lequel on veut prescrire. (Cass. fr., 11 mai 1868 et 13 juillet 1869, D., 1868, 1, 468; 1871, 1, 139.)

1085. S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels les eaux dont il a été question aux n°s 1067-1084, peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés (art. 645). (Cass. fr., 24 avril 1872 et 31 juillet 1873; D., 1872, 1, 404 et 1874, 1, 34.) Les lois **françaises** des 29 avril 1845 et 11 juillet 1847, art. 4 et art. 2, et la loi **belge** du 27 avril 1848, article 7, donnent aux tribunaux le même pouvoir dans les contestations auxquelles peuvent donner lieu les servitudes établies par cette loi.

D'après l'esprit de l'article 645, les mots *l'intérêt de l'agriculture* doivent être entendus *énonciativement* et non *limitativement*.

Ainsi, le juge peut aussi prendre en considération l'intérêt de l'industrie, des usines, etc. (Cass. fr., 16 janvier 1877, D., 1878, 1, 260.)

Ces règlements judiciaires n'ont pas un caractère irrévocable et ne font pas obstacle à une réglementation ultérieure, si des besoins nouveaux, nés d'une situation nouvelle, la rendent nécessaire. (Cass. fr., 11 mars 1867, D., 1867, 1, 352.)

Les juges ne peuvent régler l'usage des eaux qu'entre les *propriétaires qui sont en contestation,* et dans les limites de la contestation; ils ne peuvent pas faire des règlements généraux et obligatoires pour ceux qui ne sont pas partie dans le litige (art. 5, et *suprà*, n[os] 79 et 80). Ce droit n'appartient qu'à l'autorité administrative.

1086. En faisant usage du pouvoir discrétionnaire que leur donnent l'article 645 et la loi du 27 avril 1848, les juges ne doivent pas s'écarter de l'observation des règlements particuliers et locaux sur les eaux, à moins que ces règlements ne soient contraires à la loi. (Voy. les arrêts cités au n° 1085; Constitution belge, art. 107.) Autrement, ce serait empiéter sur les attributions du pouvoir exécutif.

Mais l'autorité administrative ne peut pas statuer sur les droits *civils* qui se rattachent à la jouissance d'un cours d'eau (Constitution, art. 92.)

Il résulte de la règle qui précède qu'une concession de construire une usine, accordée par l'autorité administrative, ne préjudicie pas par elle-même aux droits des propriétaires riverains. (Voy. Bruxelles, 8 juin 1858, B. J., t. 18, 1315.)

IV. DU BORNAGE.

1087. La source de cette matière est le titre du D., *Finium regundorum,* 10, 1.

1088. Le *bornage,* c'est le placement de pierres ou d'autres signes de délimitation (appelés *bornes*) admis par les usages locaux. Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs (art. 646). Cette disposition ne contient pas une *servitude,* mais une *obligation* de faire.

1089. Pour qu'il y ait lieu au bornage, il faut que les propriétés soient de nature à faire naître des incertitudes sur les limites; donc, il faut que ce soient des fonds de terre *contigus*. L'action en bornage n'a pas lieu au sujet des bâtiments, ni lorsque les deux propriétés sont séparées par un chemin public ou par la propriété d'un tiers. Mais elle est admise si la séparation consiste dans un simple sentier ou un ravin.

1090. L'action peut être intentée par *tout propriétaire*. Ces termes ne sont pas limitatifs. Elle peut l'être par tout possesseur *à titre de propriétaire*, sans que le voisin puisse exiger la preuve de son droit de propriété.

Ce droit appartient également à l'usager, à l'usufruitier, à l'emphytéote, parce qu'ils ont un droit réel sur la chose. C'est conforme à l'ancien droit. (Fr. 4, § 9, D., *Finium reg.*, 10, 1.)

Mais dans ces cas l'effet du bornage cesse à la cessation de l'usufruit ou de l'emphytéose, etc. Le propriétaire n'est pas lié par ce bornage. Le fermier n'a pas le droit d'exiger le bornage. En cas de contestation sur les limites, il doit recourir à son bailleur.

L'action en bornage est *mixte;* elle est à la fois personnelle et réelle.

1091. L'action en bornage *comme telle* est imprescriptible. Mais il importe de distinguer. Elle peut être intentée lorsqu'il n'y a aucune incertitude sur les limites, ou lorsqu'il y a incertitude. Dans ce dernier cas, elle peut renfermer deux éléments ou plutôt deux actions distinctes : l'une en *bornage*, l'autre *revendicatoire*. Elle est en même temps revendicatoire lorsqu'elle tend à la restitution des parties d'un fonds que le voisin a indûment possédées.

Elle est imprescriptible quant à son *premier* élément, le *bornage* pouvant *toujours* être demandé; mais prescriptible quant au *second*, s'il y a une possession trentenaire suffisamment établie.

1092. Les deux actions sont pétitoires. Il ne faut pas confondre l'action en bornage ou en *placement* de bornes avec l'action en *rétablissement de bornes déplacées*, Cette dernière est possessoire. Le déplacement ou la suppression des bornes est un délit (Code pénal, art. 456; code pénal belge, art. 545.)

1093. Devant quel tribunal faut-il porter l'action en bornage? Il faut distinguer :

1° L'action est simplement en *bornage*, et a pour but l'exécution de l'article 646. Elle est de la compétence du juge de paix, à charge d'appel (loi **française** du 25 mai 1838, sur les juges de paix, art. 6, n° 2; loi **belge** du 25 mars 1876, art. 3, n° 10).

2° L'action renferme un élément *revendicatoire*, et donne lieu à une contestation sur la propriété. Elle doit être portée devant le tribunal de première instance. (Cass. fr., 27 nov. 1860, D., 1861, 1, 10, et la note; 4 mars 1872, D., 1874, 1, 23.)

3° Elle a pour objet le rétablissement de bornes déplacées dans l'année. Elle est *possessoire*, et de la compétence du juge de paix, à charge d'appel (Code de proc., art. 23; loi **française** du 25 mai 1838, art. 6, n° 1; loi **belge** du 25 mars 1876, art. 4).

1093 *bis*. Il y a des dispositions spéciales pour le bornage entre les bois et forêts soumis au régime forestier et les propriétés riveraines de ces bois. Les principes exposés aux n°s 1087 à 1093, ainsi que les règles sur la compétence, en cas de contestation, sont les mêmes. Mais la décision judiciaire doit être précédée de diverses opérations administratives, qui doivent être dénoncées aux intéressés et publiquement annoncées, et qui ont pour but d'arriver à un bornage à l'amiable (voy. code forestier **français** du 21 mai 1827 ; art. 8-14. Code forestier **belge** du 19 déc. 1854, art. 24-30.)

V. DE LA CLOTURE (art. 647-648).

1094. Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682. (Voy. *infrà*, n°s 1151 et suiv.) Cette disposition est une conséquence du droit de propriété déjà proclamée comme telle par l'Assemblée constituante dans l'article 4, section IV, titre Ier du décret des 28 septembre-6 octobre 1791, concernant les biens et usages ruraux. Cet article porte : « Le droit de clore et de déclore les héritages résulte essentiellement de celui de propriété, et ne peut être contesté à aucun propriétaire. L'Assemblée nationale abroge toutes lois et coutumes qui peuvent contrarier ce droit. »

Dans beaucoup de parties de la France, la clôture des héritages en pleine campagne était longtemps défendue, tantôt par le

droit féodal, tantôt par des ordonnances royales, dans l'intérêt de la chasse, tantôt à cause des servitudes de vaine pâture et de parcours. La loi a proclamé le droit de se clore pour proscrire toutes les servitudes de l'ancien droit qui le restreignaient.

L'exercice du droit de se clore ne doit pas avoir pour effet de rendre plus incommode la servitude légale à laquelle sont assujettis les fonds inférieurs envers ceux qui sont plus élevés (art. 640. *Suprà*, n° 1061 et suiv.; Cass. fr., 24 juin 1867, D., 1867, 1, 503, et Besançon, 18 mars 1868, D., 1868, 2, 131.)

1095. « Le propriétaire qui veut se clore, » dit l'article 648, « perd son droit au parcours et vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait. »

La *vaine pâture* est le droit réciproque qu'ont les *habitants d'une commune* de faire paître leurs troupeaux sur les terres les uns des autres, lorsqu'il n'y a ni fruits ni semences. Elle est appelée *vaine* par opposition à la *vive pâture*, qui consiste à faire manger aux troupeaux les foins des prairies, les herbes ou autres récoltes.

Le *parcours*, aussi appelé *entre-cours* ou *marchage*, est le droit *qu'ont plusieurs communes* de conduire réciproquement leurs troupeaux en vaine pâture sur le territoire l'une de l'autre. Ces deux droits sont des servitudes.

Le décret des 28 septembre-6 octobre 1791, titre Ier, section IV, art. 1-3, maintient les *servitudes* de vaine pâture et de parcours dans *une paroisse* ou de *paroisse à paroisse*, lorsqu'elles sont fondées sur un *titre* ou sur une *possession* autorisée par les lois et les coutumes alors en usage; elle abolit toutes les autres. Mais le propriétaire qui veut se clore perd son droit à la vaine pâture ou au parcours réciproque maintenu par ce décret, puisqu'il se soustrait lui-même à ce droit par clôture.

Si la *vaine pâture* est fondée sur un *titre* établi entre *particuliers*, celui qui est soumis à cette servitude ne peut pas s'y soustraire par sa volonté unilatérale. (Toullier, III, n° 161.) Toutefois, cette question est très-controversée. Dans ce cas la servitude peut être rachetée. (Décret des 28 septembre-6 octobre 1791, tit. I, section IV, art. 8.)

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI (ART. 649-685.)

1096. Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.

Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. Cette énumération n'est pas *limitive*. Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou des règlements particuliers (art. 649, 650).

La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention (articles 651, 1370, *suprà* n° 1059).

Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale; les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage (art. 652).

1097. Le chemin de *halage* ou marchepied le long des rivières navigables ou flottables, que l'article 650 range parmi les *servitudes* établies pour l'utilité publique, est une *charge* grevant les fonds riverains, mais ce n'est pas une servitude dans le sens défini par la loi ; car ce n'est pas une charge imposée à un héritage pour l'usage et l'utilité d'un *héritage* appartenant à un autre propriétaire (art 637, *suprà* n° 1056 .

Le chemin de halage a été prescrit pour toute la France par l'article 7 du titre XXVIII de l'ordonnance du 13 août 1669, pour les *eaux et forêts*. Les propriétaires des héritages aboutissant aux rivières navigables devaient laisser le long des bords un chemin de vingt-quatre pieds au moins, et ils ne pouvaient planter des arbres ni tenir clôture plus près que trente pieds du côté où les bateaux se tirent, à dix pieds de l'autre bord, sous peine de 500 livres d'amende, de confiscation des arbres et sous l'obligation de remettre les chemins en bon état.

Cette diposition fut publiée dans les départements réunis de la **Belgique** par décret du 4 prairial an XIII (24 mai 1805).

Le décret du 22 janvier 1808, encore en vigueur dans les deux pays, déclare l'article 7 du titre XXVIII de l'ordonnance de 1669 applicable à toutes les rivières navigables de l'empire, soit que la navigation y fût établie à cette époque, soit que le gouvernement se soit déterminé depuis, ou se détermine à l'avenir à les rendre navigables. Mais une indemnité est accordé aux riverains des fleuves et rivières sur lesquels la navigation n'existait pas au moment de la publication de ce décret.

SECTION PREMIÈRE.

DU MUR ET DU FOSSÉ MITOYENS (ART. 653-673.)

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1098. Cette section ne traite pas seulement du mur et du fossé mitoyens, mais elle règle encore d'autres rapports que le voisinage peut faire naitre.

La clôture entre deux héritages contigus appartenant à des propriétaires différents et le terrain occupé par cette clôture peuvent appartenir exclusivement à l'un des propriétaires, ou être communs à tous les deux, c'est-à-dire *mitoyens*, mot que quelques-uns dérivent de *moitoyen* (mïen-tien), d'autres de *mi* (à demi) toyen (moitié tien). (Voyez Loysel, n° 285.)

La clôture, si elle est commune ou *mitoyenne*, peut l'être en *tout* ou en *partie*. Elle peut être mitoyenne en partie dans la longueur, et, si la clôture est un *mur*, dans la hauteur ou dans l'épaisseur.

1099. Toute clôture entre deux héritages est, en règle générale, *présumée* mitoyenne, sauf la preuve du contraire, qui peut résulter ou d'un titre, ou de la prescription, ou des marques extérieures résultant de son *état matériel*, et qui varient suivant la nature de la clôture (art. 653, 666, 670).

II. DU MUR MITOYEN (art. 653-662, 665).

1100. Le droit romain ne contient pas de dispositions sur cette matière, parce que la mitoyenneté était contraire aux lois et aux mœurs de ce peuple. Il devait toujours y avoir, entre deux maisons appartenant à différents propriétaires, un espace de deux pieds et demi, et, entre deux fonds ruraux, cinq pieds. Cet espace était appelé *ambitus* ou *intercapedo*. (Voy, Maynz, *Cours* § 95, notes 15 et 16.) La communauté d'un mur ne pouvait résulter que d'une convention.

Toute cette matière a été puisée dans les anciennes coutumes, surtout dans celle de Paris qui contient de nombreuses dispositions sur la mitoyenneté, avec laquelle la plupart des autres s'accordent et qui même était devenue en plusieurs points la base de la jurisprudence des pays de droit écrit. (Berlier, Exposé de motifs, n° 10, Locré, VIII, 371).

1101. L'institution de la mitoyenneté est utile aux propriétaires voisins; car un seul mur suffit à leur séparation; deux murs seraient inutiles, incommodes, dispendieux; et, en partant de ce point de vue, on peut dire que la société est intéressée à ce que les propriétaires ne soient pas obligés à dépenser en pure perte le double des capitaux et des terrains pour se séparer ou se clôturer. C'est là l'idée fondamentale de cette matière, qui explique la plupart des dispositions de la loi. (Demolombe, XI, n° 313.)

Nous traiterons d'abord des cas de mitoyenneté, et ensuite des effets de la mitoyenneté.

A. *Des cas de mitoyenneté et des marques de non-mitoyenneté.*

1102. 1. « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre *bâtiments* jusqu'à l'*héberge*, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est *présumé mitoyen*, s'il n'y a titre ni marque du contraire (art. 653). » (Loysel, *Instit. coutum.*, n°s 283, 284.)

La loi dit *entre bâtiments;* le mur n'est donc pas présumé mitoyen s'il n'y a de bâtiment que de l'*un côté*, et un terrain vide de l'autre. Alors il est naturel de présumer que celui qui a fait construire le bâtiment est aussi seul propriétaire du mur. (Cass. fr., 4 juin 1845.)

Le mur n'est présumé commun que jusqu'à l'*héberge* (vieux mot qui veut dire *toit*), c'est-à-dire jusqu'au point où deux bâtiments de hauteur inégale peuvent profiter du mur *commun*. La partie du mur qui excède la sommité du bâtiment le plus bas est propre en totalité au maître du bâtiment le plus élevé. (Séance du conseil d'État du 4 brumaire an XI, n° 17, Locré, VIII, 343). Le mur séparatoire entre *cour* et *bâtiment* n'est *présumé* mitoyen que jusqu'à la hauteur légale des murs de clôture. (Liége, 10 juillet 1867; B. J., 26, t. 620.)

S'il n'y a de bâtiment que de l'un côté, le mur n'est pas présumé mitoyen, pas même dans les villes, où la loi oblige les voisins à se clore à frais communs. Toutefois, ce dernier point est controversé. (Demolombe, n° 323.)

1103. La présomption légale de mitoyenneté *n'existe pas* lorsque l'état des lieux mêmes offre des indices dont il faut tirer la conséquence rationnelle que le mur n'appartient qu'à l'un des propriétaires. Il y a indice ou marque de non-mitoyenneté :

1° Lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté et présente de l'autre un plan *incliné*. Alors les eaux de pluie ne tombent que de ce côté, et le propriétaire sur le fonds duquel elles tombent n'aurait pas consenti à les recevoir seul, si le mur ne lui appartenait pas.

2° Lorsqu'il n'y a que d'un côté ou un *chaperon* ou des *filets* ou *corbeaux* de pierre, qui y auraient été mis en bâtissant le mur.

Le *chaperon* est une couverture ou un toit qui empêche les eaux de pluie de s'infiltrer dans le mur; lorsqu'il n'existe que de l'un côté, le mur présente encore un plan incliné de ce côté.

Les *filets* sont une moulure qui déborde le chaperon et qui sert à faire découler les eaux à une certaine distance du parement du mur.

Les *corbeaux* sont des pierres en saillie, placées de distance en distance dans le mur et destinées à servir d'appui aux poutres lorsqu'on voudra bâtir.

Le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre (art. 654).

1104. L'énumération des marques de non-mitoyenneté est limitative. L'article *détermine précisément* les marques de non-mi-

toyenneté, dit le rapport du tribun Albisson, n°11 (Locré, p. 388).

L'ancien droit admettait d'autres indices de non-mitoyenneté. Ces indices peuvent être invoqués à l'égard des murs construits avant le code (art. 2).

1105. Ces marques ne font preuve de non-mitoyenneté que si elles *existent depuis la construction du mur*.

Si ces marques ont été établies *postérieurement* à la construction du mur, il faut distinguer :

a. Elles l'ont été au vu et au su du voisin, et constituent de *véritables actes de possession de la propriété exclusive*. Si elles ont existé pendant trente ans, celui du côté duquel elles se trouvent peut invoquer la prescription du mur; à moins que le *titre*, qui est aussi le titre de ce dernier, n'établisse le contraire (article 2240).

La possession annale de ces marques est insuffisante pour faire présumer la non-mitoyenneté. La présomption de propriété attachée à la possession annale ne détruit pas l'effet de la présomption de mitoyenneté établie par la *loi*.

b. Si ces marques ne constituent pas une possession *qualifiée pour conduire à l'usucapion*, elles seront sans effet.

1106. Alors même que la *présomption* de mitoyenneté aurait lieu, à défaut de marques de non-mitoyenneté, elle fléchirait devant la *preuve contraire* par titre.

1107. 2. La mitoyenneté peut être établie par un titre. Ce titre peut être une convention *librement consentie* de part et d'autre, ou ne reposer que sur la volonté de l'un d'eux.

1108. La loi donne à tout propriétaire joignant un mur la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, où la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti (art. 661). Il doit aussi payer les frais de l'acquisition (Code civil, art. 1593). (Paris, 13 juin et 19 juillet 1872, D., 1876, 2, 8-9.) C'est une aliénation nécessaire, qui forme exception à la règle de l'article 545, d'après laquelle nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique.

Le droit d'acquérir la mitoyenneté est imprescriptible et appartient aussi à celui qui a précédemment abandonné la mitoyen-

neté. C'est un acte de pure faculté (art. 2232). Mais l'article 661 n'est pas d'ordre public; quelqu'un peut se réserver la propriété exclusive du mur de séparation et stipuler que la mitoyenneté ne pourra en être acquise. (Caen, 31 janv. 1877, D., 1877, 2, 91.)

1109. Avant le code, il existait une divergence entre les pays coutumiers et ceux du droit écrit sur le mode d'acquérir la mitoyenneté; dans ces derniers, elle ne s'acquérait que par le *concours des deux volontés;* dans les premiers, elle s'acquérait en vertu de la disposition de la loi et sous la seule obligation de rembourser la moitié de la valeur du mur et du sol. Le code a suivi cette dernière règle, parce qu'elle est conforme aux raisons d'intérêt général indiquées *suprà,* au n° 1101, et « comme la seule propre à prévenir des refus dictés par l'humeur ou par le caprice, souvent contre l'intérêt même de celui à qui la mitoyenneté est demandée, et toujours contre les devoirs du bon voisinage. » (Exposé de motifs, n° 11, Locré, p. 371.)

1110. La règle qui précède s'applique à l'*exhaussement* comme à la *totalité* du mur.

Lorsque l'un des propriétaires a fait *exhausser* le mur mitoyen, le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant la *moitié de la dépense qu'il a coûté,* et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a (art. 660).

Toutefois, le voisin qui n'acquerrait la mitoyenneté que longtemps après l'époque de l'exhaussement ne devrait pas toujours payer la moitié de la *dépense* totale que l'exhaussement avait coûté, mais il aurait droit de tenir compte de l'état de dégradation ou de vétusté du mur au moment de l'acquisition.

1111. 3. Le mur est mitoyen dans le cas où un propriétaire a contraint son voisin à faire une clôture à frais commun (voy. l'article 663, et *infrà,* n° 1125).

B. *Des effets de la mitoyenneté.*

1. DES OBLIGATIONS DES PROPRIÉTAIRES DU MUR MITOYEN.

1112. La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun (art. 655).

Le copropriétaire qui aurait fait démolir et reconstruire le mur sans nécessité, dans son seul intérêt, devrait seul en supporter les frais. (Jurisprudence constante. Voy. entre autres Paris, 24 mars, 24 nov. 1874 et 15 déc. 1875, D., 1876, 2, 1-4 et les notes.)

Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, excepté dans les villes où existe l'obligation de se clôturer et pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne (art. 663 et 656, voy. *infrà*, n°s 1125 et suiv.).

Si, après l'abandon de la part de l'un des voisins, l'autre ne rebâtit pas le mur, ou le démolit, le premier peut répéter la moitié du sol et des matériaux. Le droit d'abandon est réciproque; le second propriétaire peut donc aussi l'abandonner.

Il est évident que le propriétaire qui, par sa *faute*, a rendu les réparations nécessaires, doit seul en supporter la charge.

2. DES DROITS DES PROPRIÉTAIRES DU MUR MITOYEN.

1113. Chaque propriétaire a le droit de faire servir le mur mitoyen à tous les usages auxquels il est destiné d'après sa nature, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits que la mitoyenneté donne à l'autre ni à une servitude établie au profit de son fonds. De ce *principe* résultent les dispositions qui suivent :

1° Tout propriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée (art. 657).

1114. 2° Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur (art. 658); c'est-à-dire l'exhaussement ayant pour effet de rendre l'entretien du mur mitoyen plus oné-

reux, l'auteur de l'exhaussement doit indemniser le voisin de ce surcroît de charge d'entretien.

Les mots : *et suivant la valeur,* pris dans l'article 197 de la coutume de Paris, n'ont plus de sens aujourd'hui ; cet article fixait l'indemnité au *sixième* de la valeur de l'exhaussement.

Aujourd'hui, l'indemnité doit être fixée en raison de l'importance de l'exhaussement et de la charge d'entretien qui en résulte.

Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire *en entier à ses frais,* et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté (art. 659.)

1115. L'article 662 porte : « L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage *sans le consentement de l'autre,* ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. »

Cette disposition est *générale* et applicable même à l'espèce de travaux mentionnés aux n°s 1113 et 1114. Suivant quelques auteurs, elle ne s'applique pas aux cas prévus dans ces deux numéros. Mais cette dernière interprétation n'est pas juste. Si elle était admise, il y aurait contradiction entre l'article 662, dont les expressions générales embrassent *tous les cas*, et les articles 657-659. (Demolombe, t. XI, n° 416.)

III. DU FOSSÉ MITOYEN (art. 666-669.)

1116. Tous fossés entre deux héritages sont *présumés* mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque *la levée* ou *le rejet de la terre* se trouve d'un côté seulement du fossé. Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve » (art. 666-668). « Qui a douve, si a fossé » dit Loysel, n° 289. La douve, la levée ou le rejet est une élévation formée des terres que l'on a rejetées en creusant ou en curant le fossé. Cette présomption a lieu nonobstant l'existence de bornes irrégulièrement plantées dans le fossé. (Cass. fr., 19 mars 1872, D. 1873, 1, 67.)

C'est la *seule* marque de non-mitoyenneté. Si le rejet est des *deux* côtés, ou s'il ne se trouve apparemment ni de l'un côté ni de l'autre, le fossé est présumé mitoyen.

1117. Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs (art. 669.)

IV. DE LA HAIE MITOYENNE (art. 670, 673.)

1118. Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne; à moins qu'il n'y ait qu'*un seul des héritages* en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante au contraire (art. 670). Cette disposition s'applique à une haie sèche comme à une haie vive. Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie, et chacun des deux propriétaires a droit de requérir qu'ils soient abattus (art. 673). Si le tronc de l'arbre ne se trouve pas au milieu de la haie, mais plutôt d'un côté, il appartient au propriétaire de ce côté.

1119. L'existence des arbres pendant trente ans au milieu de la haie ne ferait pas prescrire contre l'un ou l'autre des propriétaires le droit d'exiger qu'ils soient abattus. Car c'est une copropriété qu'ils ont possédée tous les deux au même titre et de la même manière; l'un n'a donc rien pu prescrire contre l'autre.

1120. L'article 670 n'admet qu'une seule marque de non-mitoyenneté; c'est la circonstance qu'il n'y a qu'*un seul* des héritages en état de clôture. Il n'importe de *quelle manière* l'un des héritages soit en état de clôture, par exemple, en partie par des haies, en partie par des murs ou fossés, ni à quel genre de culture il soit soumis. Il faut alors présumer que la haie appartient au propriétaire de l'héritage qui est en état de clôture. (Voy. Loysel, n° 290.)

Si aucun des deux héritages n'est en état de parfaite clôture, la haie est présumée mitoyenne.

1121. A la différence de ce qui est dit au sujet du mur et du fossé mitoyen, l'article 670 porte que la haie n'est plus réputée mitoyenne, *s'il y a possession suffisante au contraire*. De là quelques jurisconsultes ont conclu que la *possession annale suffit* pour détruire la présomption de mitoyenneté. (Toullier, t. III, n° 299; Duranton, t. V, n°s 314, 370; Pardessus, n°s 183, 188, 325.) Leur

opinion est contraire à la jurisprudence. Ils allèguent que la possession fait présumer la propriété, et que la détention ou l'exercice annal d'un droit donne la possession; que ce serait enlever à la possession annale ses effets légaux que de lui refuser la force de détruire la présomption de mitoyenneté.

C'est une erreur. La possession annale crée un état de choses que l'on ne peut plus changer par la *voie possessoire*, c'est-à-dire en prouvant que l'on a soi-même possédé pendant une année avant l'action. Cet état de choses ne peut plus être changé que par la *preuve* que l'on a soi-même *un droit* contraire à l'état de choses créé par la possession annale. Cette preuve est superflue, dès que l'on peut invoquer une présomption de la loi, et que le possesseur ne peut rien alléguer qui justifie sa possession, contraire à la présomption légale. Il faut donc une possession nécessaire pour prescrire. (Voy., en ce sens, jugement du tribunal civil de Mons du 8 janvier 1859; B. J., t. 17, 268, et la note.)

1122. La haie mitoyenne doit être entretenue à frais communs (arg., art. 655, 669.)

L'ébranchage de la haie et des arbres qui se trouvent au milieu est à frais communs; les fruits et les produits se partagent entre les ayants droit.

V. DE PLUSIEURS PROPRIÉTAIRES D'UNE MAISON.

1123. Nous avons vu, *suprà*, n° 947, que sous le code il peut y avoir des propriétaires distincts du sol, des constructions et des différents étages des constructions qui s'élèvent au-dessus du sol. L'article 664 établit les obligations d'entretien qui incombent, dans cette hypothèse, aux différents propriétaires. Il porte : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. » (Voy. Loysel, n° 292.)

1124. La disposition relative à l'obligation de réparer l'escalier n'est pas équitable, puisque les propriétaires des étages supérieurs se servent aussi des escaliers des étages inférieurs, à l'entretien desquels ils ne contribuent pas.

Cependant, on peut la justifier par la considération que, si la loi obligeait les propriétaires à l'entretien de l'escalier en proportion de l'usage qu'ils en font, ce serait celui qui serait propriétaire de la partie la plus minime (par exemple, d'une mansarde) de la maison qui aurait la plus forte charge d'entretien.

VI. DE L'OBLIGATION DE SE CLORE (art. 663.)

1125. Dans les localités où les populations sont agglomérées, la vie intérieure des familles est exposée aux regards de beaucoup de voisins, en même temps que la sûreté des personnes et des propriétés est plus compromise qu'à la campage. C'est cette considération qui a fait introduire le droit de chaque propriétaire d'exiger que son voisin contribue aux frais de clôture. « Chacun peut contraindre son voisin, dans les *villes* et *faubourgs,* » dit l'article 663, « à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis èsdites villes et faubourgs : la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus ; et, à défaut d'usages et de règlements, tout mur de séparation entre voisins qui sera construit ou rétabli à l'avenir doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres. »

Anciennement, l'obligation de se clore existait même à la campagne. « Le voisin peut contraindre l'autre de se clore : en ville, de murailles et autres cloisons, jusqu'à neuf pieds ; et ès villages, de haies vives, » dit Loysel, n° 287.

1126. C'est à l'autorité administrative de décider quelles communes sont villes et quelles communes sont faubourgs ou campagnes, et jusqu'où s'étendent les faubourgs d'une ville. A défaut de décision et de documents certains, les tribunaux peuvent décider cette question d'après les faits, et conformément à l'esprit

de la loi, notamment en prenant en considération l'agglomération des habitants et le rapprochement des habitations.

1127. La *clôture* doit être un mur, en règle générale. Mais on peut admettre d'autres clôtures, si tel est usage des lieux.

1128. Si les deux propriétés que le mur doit séparer ne sont pas sur le même niveau, le mur doit avoir la hauteur voulue à partir du terrain le plus élevé. Si la différence de niveau provient du fait de l'un des propriétaires, celui qui n'a rien changé à l'état des lieux ne doit contribuer que pour moitié d'un mur ordinaire. (Bordeaux, 3 mars 1873, D. 1873, 5, 423.)

1129. L'un des voisins peut-il s'affranchir de l'obligation de construire ou d'entretenir un mur mitoyen de séparation, en renonçant à la mitoyenneté ou en cédant à son voisin la moitié du terrain sur lequel le mur de séparation doit être assis?

Il y a trois opinions. L'affirmative, la négative simple et une distinction consistant à dire que cette faculté existe lorsqu'il s'agit de *rétablir* ou de *réparer* un mur, mais non pas quand il faut construire le mur pour la première fois.

Cette distinction est erronée. Car l'obligation de se clore est *permanente* et doit être toujours réglée par les *mêmes* principes.

Le voisin ne peut donc pas s'en affranchir par l'abandon de la mitoyenneté. (*Contrà*, Dijon, 17 déc., 1869, D. 1871, 2, 47; Orléans, 24 mai 1873, D., 1873, 2, 185; Cass. fr., 24 janv. 1874, D., 1874, 1, 480.)

VII. DE LA DISTANCE A OBSERVER DANS LES PLANTATIONS D'ARBRES (art. 671, 672.)

1130. Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par les usages constants et reconnus; et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives (art. 671). C'est une *véritable servitude légale;* le propriétaire doit s'abstenir de faire ce qu'il aurait eu le droit de faire, si la servitude n'existait pas (*in non faciendo consistit*). L'article 672, alinéa 1er, en est la sanction : « Le voisin peut exiger que les

arbres et haies plantés à une moindre distance soient abattus.»

La loi ne prescrit la distance que pour les *haies vives*. Quant aux *haies mortes*, c'est-à-dire qui sont formées de branches d'arbres desséchées, on peut les placer à l'extrémité de la limite de sa propriété, parce qu'elles n'étendent ni branches ni racines sur le fonds voisin.

Le code ne prescrit que *subsidiairement* la distance uniforme; il a donné la préférence aux usages reçus et aux règlements locaux, à cause de la grande variété des cultures et du sol dans les diverses parties du pays. (Exposé de motifs, n° 12, Locré, p. 372.)

1131. Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci *à couper ces branches*. Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit *de les y couper lui-même* (art. 672, alinéas 2 et 3).

Ces deux règles sont étrangères aux servitudes ; ce sont des conséquences du principe que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (art. 552).

Dans le *premier* cas, celui sur le fonds duquel avancent les branches peut seulement *contraindre* son voisin à les couper, parce que la coupe doit se faire *sur la propriété de ce dernier*. Mais le propriétaire sur le fonds duquel avancent les racines peut les *couper lui-même*, parce que la coupe se fait sur *sa propriété*.

1132. Les dispositions émises aux deux numéros précédents ainsi que celle du n° 1133 s'appliquent aussi aux bois et forêts comme aux arbres isolés, et aux arbres qui croissent spontanément comme aux arbres plantés et aux forêts et bois soumis au régime forestier. Seulement, tout élagage exécuté sans l'autorisation du propriétaire des bois et forêts sera frappé d'une peine. (Code forestier **français** du 21 mai 1827, art. 150; code forest. **belge** du 19 décembre 1854, art. 110.)

1133. On peut prescrire la *liberté* de la servitude des distances mentionnée au n° 1130. La prescription commence à partir du moment où les arbres ont été plantés, pourvu que leur existance n'ait pas été clandestine, et elle s'accomplit par trente ans. (Cass. fr., 28 juillet 1873, D. 1874, 1, 22, et 2 juillet 1877, D. 1878, 1, 214.)

Si ces arbres viennent à périr ou à être abattus, le propriétaire peut les remplacer par d'autres arbres de la même espèce et en même nombre.

Mais on ne peut pas acquérir par usucapion le droit d'avoir des branches qui s'étendent sur le fonds voisin, parce qu'il est impossible, à cause de l'accroissement successif des branches, de fixer le moment où la prescription a commencé à courir. La prescription n'est jamais acquise pour toute la longueur. (Cass. fr., 9 juillet 1867, D., 1867, 1, 252; Liége, 8 nov. 1877, P., 1878, 48.)

SECTION II.

DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES REQUIS POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS (art. 674).

1134. Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non; celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau, y adosser une étable, ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives, est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin (art: 674).

Le caractère juridique de cette disposition est une *servitude négative,* de ne pas faire sur son fonds certaines choses que l'on pourrait faire en vertu du droit de propriété. En même temps elle contient une *obligation de voisinage* ayant pour but de prévenir un dommage à autrui. C'est une application préventive du principe de l'article 1382.

C'est pourquoi celui qui a construit l'ouvrage n'est pas déchargé de l'obligation de payer des dommages-intérêts, s'il a causé à son voisin un préjudice, tout en observant les règlements ou usages particuliers.

Au reste, l'énumération de l'article 674 n'est pas limitative.

1135. Au lieu de prescrire des mesures uniformes, la loi a renvoyé aux règlements et usages, parce que les matériaux de construction que l'on emploie ne sont pas les mêmes partout, et

les constructions elles-mêmes que l'on peut adosser à un mur varient beaucoup; et « ces éléments sont la vraie, l'unique mesure des obligations ultérieures; le voisin ne peut mettre ma propriété en danger, et elle y sera, selon qu'il emploiera tels matériaux au lieu de tels autres, ou que, selon la nature de mes constructions, il en rapprochera plus ou moins les siennes », dit l'Exposé de motifs, n° 13. (Locré, p. 373.)

1136. Si le constructeur seul est propriétaire du mur auquel il adosse un ouvrage, doit-il observer les distances prescrites par les règlements? Cela dépend. Si les règlements sont prescrits dans un intérêt général et de sûreté publique, oui; s'ils sons prescrits seulement dans un intérêt privé, par exemple pour la conservation du mur, non.

SECTION III.

DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DE SON VOISIN (art. 675-680).

1137. La loi traite d'abord spécialement des fenêtres à pratiquer dans un mur *mitoyen,* et puis en général des fenêtres dans tout mur quelconque, même dans celui du propriétaire.

L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant (art. 675).

C'est une conséquence du droit de propriété, *et non une servitude.* (Voy. *suprà,* n° 1113.)

Donc, si le mur a été exhaussé, le propriétaire exclusif de la partie exhaussée peut ouvrir une fenêtre dans l'exhaussement en se conformant aux règles qui seront mentionnées ci-après.

1138. Le citoyen doit être libre dans son intérieur; il doit être le moins possible exposé aux regards indiscrets de ses voisins. Comme le dit avec raison M. Demolombe, n° 527, « la vue qui s'exerce d'un terrain nu sur les héritages limitrophes est tout à fait libre sans doute; mais, dans ce cas du moins, on ne peut pas voir sans être vu. Mais il en est autrement lorsque la vue s'exerce par des ouvertures pratiquées dans un mur; les personnes cachées par le mur peuvent voir dans les héritages voisins,

sans être elles-mêmes aperçues. » Une fenêtre est toujours un lieu d'observation. Les règles concernant les vues sur la propriété de son voisin ont pour but de rendre le voisinage le moins incommode possible, et de mettre chaque propriétaire à l'abri de l'observation de ses voisins. Elles prescrivent des restrictions du droit de propriété, de véritables *servitudes* négatives (consistant *in non faciendo*) au profit des fonds voisins. (Exposé de motifs, n° 14, Locré, p. 374.)

On appelle *vues* les ouvertures ou fenêtres pratiquées dans un bâtiment qui peuvent s'ouvrir ou se fermer de manière à donner vue sur le dehors et à laisser pénétrer la lumière et l'air extérieur. Les *jours* sont des ouvertures destinées seulement à livrer passage à la *lumière*. On les appelle aussi *jours de souffrance*. (Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Servitude*, n° 720.)

1139. Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant. Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant (art. 676).

La fenêtre est *à verre dormant* lorsque le châssis ne s'ouvre pas. Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs (art. 677).

La hauteur se mesure depuis le plancher jusqu'au-dessus des appuis des fenêtres, c'est-à-dire à l'endroit où commence la possibilité de voir chez le voisin. Ni la hauteur, ni la largeur des ouvertures autorisées par ces deux articles ne sont limitées.

1140. On ne peut avoir des *vues droites* ou fenêtres d'aspect ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres (six pieds) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage. On ne peut avoir des vues *par côté ou obliques* sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres (deux pieds) de distance (art. 678, 679). Cette disposition ne s'applique pas aux fenêtres pratiquées dans

le toit, et appelées *fenêtres tabatières*. (Liége, 10 juillet 1867, B. J., t. 26, p. 620; P., 1868, 49.)

Ces distances se comptent, savoir : pour les vues *droites*, depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait; et s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés (art. 680); et pour les vues par côté, à partir de l'arête du montant de la fenêtre jusqu'à la ligne de séparation des deux héritages.

1141. La distance dont il s'agit au numéro qui précède doit-elle être la même si les deux héritages sont séparés par une voie publique qui n'a pas une largeur égale à cette distance?

Il faut répondre négativement, suivant l'interprétation raisonnable que les commentateurs donnaient à l'article 202 de la coutume de Paris, qui est la source de l'article 678. La sûreté publique, l'agrément des villes, et le plus souvent la nécessité exigent que l'on ouvre des vues sur la voie publique. (Demolombe, n° 566; Cass. fr., 27 août 1849, et 1er juillet 1861, D., 1849, 1, 227; 1862, 1, 138; Cass. belge, 8 juillet 1864, P., 1864, 401.)

1142. L'existence de vues ou fenêtres, conformes aux règles exposées aux nos 1139 et 1140, dans un mur de séparation, ne restreint en aucune manière le droit du propriétaire voisin d'élever sur son héritage les constructions et plantations qu'il juge convenables, quand même elles obstrueraient entièrement les vues pratiquées dans ce mur. Car il ne fait qu'user de son *droit de propriété*, et son voisin n'a aucun *droit de vue* (ou servitude) qui restreigne son droit de propriété.

1143. Cette règle s'applique même au cas où les vues auraient existé depuis plus de trente ans. Mais cette question est très-controversée. Pour bien établir le point de la controverse, il faut distinguer.

Les vues ou fenêtres ont été faites contrairement aux règles prescrites par les articles 676-679; par exemple, elles ne sont pas à verre dormant, ou bien les distances légales n'ont pas été observées.

Si elles ont existé pendant plus de trente ans, celui qui les a faites a incontestablement le *droit* de les avoir à l'avenir; la servitude imposée par la loi s'est éteinte par non-usage, et le propriétaire voisin ne peut pas demander la suppression des fenêtres

ainsi pratiquées. Tout le monde est d'accord sur ce résultat.

1144. Mais on ne l'est pas sur *la nature juridique* et, par cela même, sur l'*étendue* de ce droit.

Suivant les uns, la nécessité d'observer les règles des articles 676-679 est une *servitude légale*. Celui qui pendant trente ans a eu des fenêtres contraires à ces règles a *affranchi* sa propriété de la *servitude passive* dont la loi l'avait grevée; mais il n'a pas *acquis* une *servitude active* de vue (*servitus altius non tollendi*, ou *ne luminibus officiatur*) sur la *propriété de son voisin;* il n'a pas *acquis* la servitude d'avoir une vue sur le fonds du voisin, parce qu'il ne l'a pas possédée: *tantum præscriptum, quantum possessum*. Pour la posséder, il aurait fallu, sous l'ancien droit, poser un acte de contradiction si le propriétaire voisin avait voulu exercer sa faculté naturelle et légale de construire sur son fonds, et la prescription n'aurait couru qu'à partir de ce moment. Sous le code, la servitude active d'empêcher le voisin de construire sur son héritage de manière à obstruer mes vues, est une servitude non apparente, qui ne peut pas s'acquérir par prescription.

C'est l'opinion de Merlin. (*Quest. de droit*, v° *Servitude*, § 3; Toullier, n°s 534, 536; Zachariæ, § 244, note 10; Pardessus, t. II, n° 312), et d'autres auteurs encore. La jurisprudence française est divisée; mais en Belgique les tribunaux se sont aussi prononcés pour ce système. (Voy. cass. belge, 19 mai 1853; Liége, 13 juillet 1853; Bruxelles, 10 août 1853; Gand, 11 mai 1854, J. P. B., 1853, 381, et la note; 1854, 221; B. J., t. 11, 827; t. 12, 748, 769, et les notes; P. cass., 1853, 316; appel, 1853, 315, 316; 1854, 254. Brux., 31 déc. 1877, B. J., t. 36, 511; P., 1878, 179.)

1145. Pour réfuter cette opinion, on dit: « Les diverses obligations que la loi impose aux propriétaires pour les empêcher de nuire à leur voisin ne sont pas de vraies servitudes, mais des *limites légales* du droit de propriété. Donc, le fonds qui depuis trente ans a des fenêtres trop rapprochées ne s'est pas affranchi d'une servitude passive, mais il a *acquis* une servitude *active* sur le fonds voisin, c'est la servitude de vues. Le propriétaire du fonds débiteur ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude (art. 701). Tous les auteurs l'admettent, si la servitude de vues est établie par convention; or, la prescription est

aussi fondée sur le consentement tacite; dans ce cas, la convention est donc indiquée par les circonstances. Il faut donc y appliquer les mêmes règles. »

C'est l'opinion de Duranton, V, n° 236; Marcadé, sur l'article 679, n° III; Demolombe, n° 580, et la jurisprudence française semble aujourd'hui pencher vers ce système.

Mais le raisonnement sur lequel il repose n'est pas juste. Car la restriction dont il s'agit est bien certainement une servitude légale; Berlier le dit en toutes lettres dans l'Exposé de motifs. Ensuite, le propriétaire ne peut pas avoir acquis une servitude non apparente par prescription (art. 691). Il n'est pas exact de dire que la prescription soit fondée sur le consentement tacite. Si la servitude de vue est établie par convention, on peut appliquer l'article 701, parce qu'alors il faut tenir compte d'un autre élément dans la décision à porter, c'est l'intention des parties contractantes, dont il ne peut s'agir ici. Cette assimilation est donc erronée.

1146. La règle que, dans le cas mentionné aux deux numéros qui précèdent, le propriétaire du fonds voisin peut obstruer les vues pratiquées dans un mur de séparation, cesse :

1° Lorsque ces vues ont été faites par suite d'une *convention*, pourvu qu'il en résulte suffisamment que le propriétaire soumis aux vues a voulu constituer *une servitude* de vues, et non simplement une *tolérance*, qui ne pourrait pas porter préjudice à son droit de propriété (art. 1135; 701, alin. 1; 691).

2° Lorsque les fenêtres ont été faites par l'ancien propriétaire des deux héritages actuellement divisés, c'est-à-dire par destination du père de famille (art. 692, 694). (Gand, 28 déc. 1876; P., 1878, 143.)

1147. De ce que le propriétaire qui a eu, même pendant plus de trente ans, des fenêtres contraires au prescrit des articles 676-679 n'a pas *acquis* une servitude, mais a acquis la *libération* d'une servitude, il résulte que celui qui acquiert la mitoyenneté d'un mur de séparation peut s'en servir pour y adosser des constructions, conformément aux règles indiquées aux n°s 1113 et 1134 et suivants, quand même ces constructions obstrueraient les vues ou fenêtres. Car celui qui acquiert la mitoyenneté d'un mur, conformément à l'article 661 (*suprà*, n° 1108), peut toujours deman-

der la suppression des jours qui y ont été pratiqués même légalement et conformément aux articles 676 et 677, quel que soit leur ancienneté, le droit d'acquérir la mitoyenneté étant imprescriptible. (Cass. fr., 7 mai 1873, D., 1874, 1, 88.)

1148. Mais cette expropriation forcée au profit du voisin est de stricte interprétation. Elle est restreinte à la *moitié* du mur, et elle ne s'étend pas aux *servitudes* que l'un des voisins peut avoir *réellement acquises* sur le fonds de l'autre, par exemple, *aux servitudes de vue.*

SECTION IV.

DE L'ÉGOUT DES TOITS (art. 681).

1149. Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin (art. 681).

Cette disposition ne contient ni une servitude légale, comme le dit erronément Berlier, dans l'Exposé de motifs, n° 15 (Locré, p. 374), ni une restriction du droit de propriété de celui à qui la loi défend de faire verser ses eaux pluviales sur le fonds de son voisin. C'est une conséquence du caractère *exclusif* du droit de propriété, en vertu duquel je puis défendre à tout le monde de faire ou de jeter quelque chose sur mon fonds. Chaque propriétaire est libre de faire chez lui tout ce qu'il veut, pourvu qu'il n'envoie rien sur le fonds de son voisin, dit déjà le fr. 8, § 5, D., *Si servitus vindicetur,* 8, 5.

Le propriétaire du fonds inférieur ne doit recevoir que les eaux qui découlent *naturellement* du fonds supérieur, sans que la main de l'homme y ait contribué (art. 640, et *suprà,* n° 1061.)

1150. Le propriétaire peut acquérir par prescription la servitude de laisser tomber l'égout de son toit sur le fonds de son voisin (*servitus stillicidii recipiendi*), ou d'y laisser couler l'eau par suite d'une gouttière (*servitus fluminis recipiendi.*)

SECTION V.

DU DROIT DE PASSAGE (art. 682-685).

1151. Le sentiment de vénération que les Romains avaient pour les lieux de sépulture trouvait sa consécration dans la loi. Si quelqu'un possédait un tombeau sans avoir un chemin pour y parvenir, le fr. 12, pr. D., *De religiosis et sumptibus funerum*, 11, 7, lui donnait le droit d'exiger que le propriétaire dans le fonds duquel le tombeau était enclavé lui cédât un passage moyennant une juste indemnité (*justo pretio.*)

Cette disposition spéciale fut généralisée par les interprètes du droit romain, et l'ancienne jurisprudence les suivait en l'étendant à tous les cas où un fonds était enclavé dans une propriété d'autrui. La disposition ainsi étendue était même proclamée comme une règle par quelques coutumes, par exemple, celle de Bretagne, art. 659; en Belgique, par la coutume de Malines, titre XIV, article 51.

« Si quelques terres sont tellement enclavées dans celles d'autrui qu'on n'y puisse entrer sans passer dedans, on le peut faire sans aucun dommage », dit Loysel, n° 298.

Les auteurs du code l'ont reproduite, se fondant sur ce que « l'intérêt général ne permet pas qu'il y ait des fonds mis hors du domaine des hommes, et frappés d'inertie ou condamnés à l'inculture ». (Exposé de motifs, n° 16, Locré, p. 375.).

1152. « Le propriétaire », dit l'article 682, « dont les fonds sont enclavés, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner. » C'est une servitude légale négative; elle consiste, de la part du fonds qui enclave, *in patiendo*.

1153. Le passage peut être réclamé, non-seulement par le *propriétaire*, mais aussi par l'*usufruitier* et par tous ceux qui ont un droit réel sur la chose. Le fermier ne peut pas l'exiger; il doit recourir à son bailleur pour obtenir la délivrance de la chose louée (art. 1719, 1720).

1154. Le passage peut être exigé en cas d'*enclave* du fonds.

Le fonds est censé enclavé aussi, lorsque l'issue qu'il a sur la voie publique n'est pas *praticable*, soit momentanément, soit pour toujours; ou lorsque l'issue sur la voie publique ne suffit pas pour l'exploitation, par exemple, si c'est un simple sentier; ou s'il y avait un cours d'eau communiquant avec la voie publique, mais sur lequel il n'y a ni bac, ni passage. Une communication seulement *incommode* n'autorise pas cette réclamation. Un terrain bordé par une rivière navigable ou flottable, et qui peut être exploité par bateaux sans dépenses excessives, n'est pas censé enclavé. (Paris 17 juin 1873, D., 1873, 2 197.)

Si le fonds n'est devenu enclavé que par vente, échange ou partage, ce seraient les vendeurs ou copartageants qui devraient fournir le passage, même sans indemnité. (Toullier, n° 550; Cass. fr. 27 avril 1868, D., 1868, 1, 337; Brux., 17 juillet 1871; P., 1872, 40.)

1155. Comment le passage doit-il être exercé? Le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court, du fonds enclavé à la voie publique (art. 683). *Régulièrement*, c'est-à-dire ordinairement; mais les juges peuvent s'écarter de cette règle, si des circonstances particulières l'exigent.

Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé (art. 684). Cette disposition est une application du principe général qui veut que l'on exerce les servitudes modérément et sans excéder le besoin de celui en faveur de qui elle est établie (*civiliter uti*).

1156. La réclamation du passage est imprescriptible (art. 2232).

Ce droit appartient au propriétaire enclavé en vertu de la loi; il ne peut donc plus être acquis par *usucapion;* car je ne puis acquérir ce qui m'appartient déjà. Mais le *mode d'exercer ce droit* et la détermination du lieu par où l'on passera sont susceptibles d'être acquis par la possession trentenaire. Cette prescription enlève au propriétaire du fonds sur lequel le passage est établi le droit de demander qu'il soit pris sur un autre fonds ou sur une autre partie de son propre fonds. (Liége, 29 mars 1862, B. J., t. 21, 289, P. 1863, 15; Cass. fr., 19 juin 1872 et 26 août 1874, D., 1872, 1, 259; 1875, 1, 124.)

Il résulte de là que le propriétaire du fonds enclavé peut former

l'action possessoire pour se faire maintenir dans l'exercice du passage tel qu'il l'a pratiqué pendant un an. Car ce n'est pas une servitude discontinue ou non apparente, acquise par prescription, mais en vertu d'un titre, qui est *la loi*.

1157. Le droit de réclamer l'indemnité est prescriptible (art. 685); il se prescrit par trente ans (Liége, 29 mars 1862). Cette prescription commence à partir du jour où l'action en règlement de l'indemnité est *née*, c'est-à-dire où le passage a été exercé, et non pas du jour où l'*indemnité aura été réglée*. Autrement l'article 685 serait inutile. Car la prescription du droit d'exiger le payement d'une créance liquidée résulte de l'article 2262.

Il est évident que la prescription de l'action en indemnité ne commencerait pas à courir si, avant l'existence de l'enclave, le propriétaire du fonds voisin avait permis par tolérance au propriétaire dont le fonds a été plus tard enclavé, de passer sur son terrain. La prescription ne commence qu'à partir du moment où le passage a été exercé à titre de servitude légale.

Quand même l'action en indemnité ne serait plus recevable par suite de la prescription, le passage devrait être continué (art. 685).

1158. Lorsque le propriétaire du fonds enclavé a acquis un droit de passage, soit moyennant indemnité, soit par prescription, il ne peut plus se fonder sur la loi pour en réclamer un autre.

1159. Le droit de réclamer un passage cesse lorsque *le fonds pour lequel il aurait pu être réclamé* n'est plus enclavé, soit : 1° par l'établissement d'un chemin, ou 2°, par la réunion du fonds enclavé à un autre qui communique à la voie publique. (Liége, 30 novembre 1850, B. J., t. 10, 1570, et Brux., 14 mars 1862, P. 1862, 228.)

Il cesse quand même le passage a été exercé pendant plus de trente ans ou qu'il a été payé une indemnité, sauf restitution d'une partie de l'indemnité (arg. art. 691). (Voy. les mêmes arrêts, et Limoges, 15 mars 1869, D., 1869, 2, 49 et la note, et 3 février 1870, D., 1870, 5, 326. En sens *contraire* : Bourges, 13 janvier 1873, D., 1873, 2, 117; Cass. fr. 26 août 1874 et 21 avril 1875, D., 1875, 1, 124 et 480.)

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME. (ART. 686-710).

SECTION PREMIÈRE.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES QUI PEUVENT ÊTRE ÉTABLIES SUR LES BIENS (art. 686-689).

I. RÈGLES GÉNÉRALES SUR LES SERVITUDES.

1160. Nous avons donné *suprà*, aux nos 965 et 1056, la définition de la servitude. Dans ce chapitre, le code traite des servitudes *réelles* ou *prédiales*.

En principe, il est permis aux propriétaires d'établir sur les propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public (art. 686). « Elles n'ont pour limites nécessaires que le point où elles deviendraient contraires à l'ordre public », dit l'Exposé des motifs, n° 19 (Locré, p. 376). Cette restriction est une conséquence du principe général que les particuliers ne peuvent, par aucun acte, déroger aux lois et règlements qui intéressent l'ordre public (art. 6, 900, 1133; *suprà*, n° 77).

Dans ces limites, on peut aussi déroger aux servitudes établies par la loi. (Rapport au Tribunat, n° 13; Locré, p. 392.)

1161. Mais pour qu'une servitude réelle ait vraiment ce caractère, il faut qu'elle réunisse certaines conditions qui, sauf quelques modifications, sont les mêmes qu'en droit romain. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, § 132, 4e édition.) Ces conditions sont :

1° La charge ne doit être imposée ni à la personne ni en faveur de la personne; elle doit l'être seulement *à un fonds* et *pour un fonds*. C'est une conséquence immédiate de la définition de la servitude donnée dans l'article 637. (*Suprà*, n° 1056.) Cependant le législateur a trouvé utile d'ajouter expressément cette condition, afin de rendre impossible le retour des institutions féodales,

qui offraient plusieurs exemples de services personnels. (Discours de Gillet au Tribunat, n° 12, Locré, p. 408, et *suprà*, n° 965.)

« On peut constituer au profit d'une personne et sur un fonds un simple droit de *jouissance* (un usufruit ou usage restreint ou irrégulier) qui s'éteindra avec sa mort. Mais on ne peut stipuler que le propriétaire de tel fonds sera tenu *en cette qualité* de certains services ou de certaines prestations pour l'utilité d'un héritage d'un autre propriétaire, par exemple, de le labourer ou de le fumer; alors il y aurait une charge imposée *à la personne* en faveur d'un fonds. »

« On ne peut disposer que tel *fonds sera grevé in perpetuum* au profit d'une personne, de ses héritiers ou ayants cause, d'une charge qui n'aurait pas pour objet l'utilité d'*un héritage,* mais l'utilité purement *individuelle* du propriétaire, et qui constituerait un *démembrement perpétuel* de la propriété au profit d'une personne. Ce serait une charge imposée au *profit* d'une personne à un fonds. » (Demolombe, XII, n°s 674, 675.)

Faisons quelques applications de ces règles. Il a été jugé avec raison :

Que la réserve faite, dans un acte de vente d'un moulin, au profit du propriétaire vendeur, du droit de faire moudre gratuitement et à perpétuité au moulin vendu le blé nécessaire à sa maison, peut être considérée comme constitutive d'une servitude réelle au profit de la maison du vendeur (Cass. fr., 9 juillet 1874, D., 1875, 1, 372);

Que la clause, insérée dans un acte de vente, que le vendeur aura droit, à perpétuité, pour lui, sa famille et ses descendants, à l'eau d'un puits, sans être tenu aux réparations annuelles du puits, constitue une servitude réelle de puisage sur le fonds vendu, au profit des fonds conservés par le vendeur (Grenoble, 8 juillet 1867, D., 1867, 2, 246);

Que le passage stipulé dans un acte de vente, au profit de l'acquéreur d'un château, sur des propriétés réservées par le vendeur, constitue une servitude prédiale, et non un simple droit personnel et viager. (Liége, 6 janvier 1870; P., 1870, 312).

Mais nous croyons qu'il a été jugé à tort : que la convention par laquelle une commune cède à des particuliers, à titre onéreux, les droits de pêche et de chasse pour eux et leurs descen-

dants, sur la superficie générale de ces communaux, tant qu'ils ne seront point aliénés, crée un droit de jouissance licite et obligatoire. (Jugé par Lyon, 3 mars, et cass. fr., 13 décembre 1869, D., 1871, 1, 49.)

Car, ce n'est pas une servitude, parce que le droit de jouissance n'est pas imposé pour l'usage et l'utilité d'un héritage (art. 637); ce n'est pas un bail, parce que le bail ne peut pas être conclu à perpétuité.

1162. 2° Les deux fonds doivent appartenir à deux propriétaires différents : *Nulli res sua servit*. (*Suprà*, n° 1056. 2°.)

3° La servitude doit procurer un *avantage réel* au *fonds* dominant, c'est-à-dire en augmenter la valeur. Cet avantage peut être un pur *agrément*, pourvu qu'il rende meilleur le *fonds même*, et qu'il ne soit pas purement *personnel*.

4° Il faut que les fonds soient *voisins* (*vicina*), dans la saine acception de ce mot; c'est-à-dire que leur situation réciproque rende l'exercice de la servitude possible au fonds dominant.

5° La servitude ne doit pas consister dans une obligation de faire une prestation positive (*Servitus in faciendo consistere non potest*).

1163. Voici maintenant les règles du droit romain que la législation française n'a pas reproduites :

1° La condition que la servitude doit avoir une *causa perpetua*. On pourrait donc acquérir une servitude sur un étang qui n'est pas alimenté par des eaux vives.

2° Rien ne s'oppose à ce que l'on constitue aujourd'hui une servitude sous une *condition* ou *à temps*, par exemple, pour la durée de la vie du possesseur actuel de l'héritage.

3° La règle de l'*indivisibilité* des servitudes existe en droit français comme en droit romain; les articles 700, 709 et 710 en sont des applications. Une servitude ne peut donc s'acquérir ni se perdre, ni être exercée en partie. Mais cette règle souffre des exceptions importantes, dont nous parlerons ci-après.

II. DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES.

1164. 1° Le code distingue d'abord les servitudes *urbaines* et les servitudes *rurales*.

Les servitudes *urbaines* sont celles qui sont établies pour l'usage des *bâtiments*, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne.

Les servitudes *rurales* sont celles qui sont établies pour l'usage des fonds de terre (art. 687).

Cette distinction, puisée dans le droit romain, où elle avait des effets à cause de la différence des règles sur la prescription, n'a plus aucune importance juridique aujourd'hui.

1165. 2° Une distinction importante et féconde en conséquences est celle en servitudes *continues* et *discontinues*, *apparentes* et *non apparentes*. Le code les a définies d'une manière exacte et précise.

Les servitudes *continues* sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce. Les servitudes *discontinues* sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables (art. 688).

Les servitudes *apparentes* sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes *non apparentes* sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée (art. 689).

SECTION II.

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES (art. 690-696).

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1166. Toutes espèces de servitudes peuvent être établies par *titre*, c'est-à-dire par *convention* ou par *acte de dernière volonté*. Quelques espèces peuvent être acquises par prescription ou être constituées par destination du père de famille.

1167. Les servitudes réelles, pas plus que les servitudes personnelles, ne peuvent être établies par jugement, par exemple,

dans un partage judiciaire (*suprà*, n° 970). Si des servitudes sont imposées sur des héritages vendus ou licités en justice par suite d'une clause d'adjudication, elles rentrent dans la classe des servitudes établies par convention.

II. DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES PAR TITRE.

1168. 1. Qui peut consentir une servitude? Pour établir une servitude, il faut être propriétaire du fonds que l'on veut grever et capable d'aliéner.

Cependant on peut aussi établir une servitude sur un fonds dont on n'est pas propriétaire, ou dont on est seulement copropriétaire, sous la condition et pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire.

L'usufruitier peut accorder une servitude pour la durée de son usufruit.

1169. L'existence de servitudes ou d'une hypothèque imposées à un héritage n'empêche pas le propriétaire de cet héritage de le grever de nouvelles servitudes, pourvu qu'elles ne portent pas atteinte aux servitudes anciennes, ni aux droits des créanciers hypothécaires, qui conservent la faculté de faire vendre l'immeuble libre des servitudes établies *postérieurement* à l'inscription de leur hypothèque. Car une servitude est un démembrement de la propriété. L'hypothèque est un droit réel sur la chose; démembrer la propriété de cette chose, après la constitution de l'hypothèque, ce serait donc soustraire une partie de la propriété à l'hypothèque.

1170. 2. Qui peut acquérir une servitude? Le propriétaire du fonds en faveur duquel elle doit être établie, ou celui qui stipule au nom du propriétaire, soit en vertu d'un mandat, soit en vertu de l'article 1121, ou comme *negotiorum gestor*. On peut acquérir conditionnellement pour un fonds dont on n'est pas encore propriétaire.

1171. 3. Par quel titre peut-on acquérir une servitude? On peut acquérir une servitude par un titre gratuit ou onéreux, qui réunit les conditions exigées pour la validité des titres translatifs de propriété. Pour avoir de l'effet à l'égard des tiers, ce titre, si 'est un acte entre-vifs, doit être transcrit au bureau du conser-

vateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les fonds sont situés. (Loi **française** du 23 mars 1855 sur la transcription, art. 2 et 3; loi hypothécaire **belge** du 16 décembre 1851, art. 1.

1172. Il est possible que le titre constitutif de la servitude soit perdu. Comment alors prouver l'existence de la servitude? Distinguez :

a. La servitude est susceptible d'être acquise par prescription, et elle a été possédée pendant plus de trente ans. Il est inutile de recourir à une autre preuve qu'à la prescription.

b. La possession n'a pas duré trente ans; ou bien la servitude appartient à la classe de celles qui ne peuvent s'acquérir par prescription. La preuve de l'établissement de la servitude ne peut se faire, dans ce cas, par une déclaration émanée de celui qui était propriétaire du fonds servant, à l'*époque à laquelle on rattache la constitution de la servitude,* mais seulement par une reconnaissance émanée du propriétaire *actuel* du fonds servant. C'est ainsi qu'il faut expliquer l'article 695 portant : « Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif de la servitude, et émané du *propriétaire* du fonds asservi. » Le motif de cette disposition, c'est que l'*ancien* propriétaire n'a plus aucun intérêt à refuser une reconnaissance qui ne lui porte aucun préjudice.

1173. Il n'est pas nécessaire que l'acte récognitif soit dressé dans la forme prescrite par l'article 1337. Toute reconnaissance émanée du propriétaire actuel suffit.

C'était l'ancien droit. De plus, ce titre récognitif est destiné à remplacer le titre constitutif. (Demolombe, XII, n° 757.)

III. DE L'ACQUISITION DES SERVITUDES PAR PRESCRIPTION OU PAR USUCAPION.

A. *Introduction historique.*

1174. D'après le droit de Justinien, *toutes* les servitudes pouvaient s'acquérir par une possession publique, commencée de bonne foi, et continuée sans interruption pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents. Il ne fallait pas de titre.

Cette législation ne fut reçue presque nulle part sans modification.

Déjà les glossateurs, et beaucoup de jurisconsultes après eux, établirent une autre théorie. Ils firent la distinction, inconnue au droit romain, entre les servitudes *continues* et les servitudes *discontinues*. (*Suprà*, n° 1165.) Suivant eux, les servitudes continues pouvaient être acquises par la possession de dix ou vingt ans, tandis que les servitudes discontinues ne pouvaient être acquises que par la prescription *immémoriale*.

Cette distinction trouva beaucoup de partisans en France et y fut adoptée par la jurisprudence de plusieurs parlements.

1175. La législation coutumière sur cette matière varie à l'infini. Suivant la diversité de leurs dispositions, on peut ranger les coutumes françaises en trois classes. Plusieurs coutumes rejetaient toute acquisition de servitudes par possession, quelque longue qu'elle fût, et proclamaient le principe : *Nulle servitude sans titre;* par exemple, celle de Paris (art. 186). C'est par rapport à ces coutumes que Loysel dit, au n° 299 : « Droit de servitude ne s'acquiert par longue jouissance, quelle qu'elle soit, sans titre, encore que l'on en ait joui par cent années. »

D'autres coutumes admettaient la prescription acquisitive de certaines servitudes en rejetant celle des autres; d'autres enfin admettaient la prescription lorsqu'il y avait un titre, ou même sans titre.

Le laps de temps requis pour la prescription, les conditions prescrites pour la possession et les règles sur la nécessité du titre variaient à l'infini. (Voy. Merlin, *Répertoire*, v° *Servitude*, §§ XX-XXVII.)

Les pays de droit écrit admettaient l'acquisition des servitudes par possession, pourvu qu'elle eût trente ans.

1176. Les auteurs belges et hollandais qui ont commenté le droit romain n'admettent pas que l'on puisse y trouver la distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues.

D'après la plupart des coutumes belges et hollandaises, les servitudes s'acquéraient par la possession de trente ans et sans titre. (Voet, *ad Pandectas*, livre VIII, titre IV, n° 6; Perez, *ad Codicem*, livre III, titre XXXIV, nos 22-26; Simon van Leeuwen,

Censura forensis, livre II, chapitre XIV, n° 4 ; De Ghewiet, *Inst. du droit belgique*, partie II, titre III, § 11.) Quelques-unes cependant n'admettaient que la prescription immémoriale; fort peu de coutumes établissaient une différence entre les règles sur la prescription suivant les diverses espèces de servitudes.

B. *Législation du code.*

1177. *Première règle :* L'usucapion de trente ans est la seule admise en matière de servitudes (art. 690). Pour acquérir une servitude par usucapion, il faut une possession non interrompue, paisible, publique et non équivoque pendant trente ans, et à titre de propriétaire ; c'est-à-dire il faut que le possesseur ait exercé la servitude comme son droit.

1178. Cette usucapion n'exige ni titre ni bonne foi (art. 2262). Mais on ne peut pas usucaper contre son titre (art. 2240).

On ne peut plus aujourd'hui acquérir les servitudes par la possession de dix ou vingt ans, quand même on aurait un juste titre émané *a non domino*, et bonne foi. Presque tous les auteurs, à l'exception de Delvincourt et Duranton, V, n° 593, et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

Car l'article 690 ne dit pas que les servitudes s'acquièrent *par titre* ou *par prescription*, mais par la *possession de trente ans*. Les règles contenues dans le titre *de la Prescription* ne sont pas applicables aux servitudes (voy. art. 2264). La raison de l'exclusion de la prescription de dix ou vingt ans, c'est que l'usucapion de la propriété ou de l'usufruit suppose une détention et une jouissance *pleine* et *entière* de la part de celui au profit duquel elle court ; tandis que les servitudes s'exercent souvent à la faveur des rapports de bon voisinage, sans qu'il en résulte aucun préjudice réel pour le propriétaire de l'héritage servant, qui peut dès lors ne pas avoir d'intérêt à s'opposer à leur exercice. (Demolombe, n° 781 ; Gand, 21 décembre 1865, P., 1866, 48. Cass. fr., 23 novembre 1875, D., 1876, 1. 423).

1179. *Deuxième règle :* Les servitudes *continues et apparentes* sont seules susceptibles d'être acquises ou étendues par usucapion; car seules elles sont susceptibles d'une possession qualifiée pour conduire à l'usucapion, c'est-à-dire d'une possession continue et publique (art. 691).

Conformément à l'idée qui a guidé le législateur, il faut définir la possession comme consistant dans des *ouvrages extérieurs* nécessaires pour l'exercice de la servitude (art. 689). Les règles sur l'acquisition, la conservation, l'interruption et l'accession de la possession sont les mêmes que celles sur la possession de la propriété.

Ces ouvrages peuvent être faits ou sur le fonds servant, ou sur le fonds dominant, par exemple l'égout du toit, une porte, pourvu que dans ce dernier cas ils indiquent clairement le droit du propriétaire de ce dernier fonds de faire quelque chose sur le fonds servant, ou la nécessité pour le fonds servant de souffrir quelque chose (arg. art. 688, 689).

La prescription commence à courir à partir du moment où les ouvrages sont terminés (arg. art. 642).

1180. *Troisième règle* : Les servitudes *continues non apparentes* et les servitudes *discontinues, apparentes ou non apparentes* (donc, celles auxquelles il manque une de ces deux conditions, la continuité ou l'apparence) ne peuvent pas s'acquérir par prescription (art. 691, alinéa 1).

La possession de ces sortes de servitudes est souvent équivoque et ne se manifeste pas nécessairement par des actes assez suivis ou assez fréquents pour faire présumer que le propriétaire voisin en ait eu une connaissance suffisante. (Exposé de motifs, n° 21 ; rapport au Tribunat, n° 15, Locré, p. 376, 394.)

1181. Peut-on acquérir par prescription les servitudes discontinues ou non apparentes lorsqu'on les a exercées pendant trente ans en vertu d'un titre émané du non-propriétaire du fonds servant, et dans l'ignorance des vices de ce titre ? Déjà les anciens auteurs français étaient divisés sur cette question. Pothier, *Coutume d'Orléans*, introd., n° 8, et d'Argentré, *sur la Coutume de Bretagne*, art. 271, n° 14, et d'autres, se prononçaient pour l'affirmative ; Dunod, pour la négative. Cette dernière solution doit être adoptée. Car la matière de la prescription des servitudes est réglée dans le titre *des Servitudes*, et les règles générales sur la prescription n'y sont pas applicables (art. 2264). Or les servitudes discontinues et les servitudes non apparentes ne sont pas susceptibles d'être acquises par prescription, la matière même ne s'y prête pas (*res non habilis*) ; elles ne

peuvent s'établir que par titres, dit formellement l'article 691, alinéa 1er. En exigeant un *titre,* la loi entend certainement une *cause légitime d'acquisition,* et non un titre vicieux, impropre à établir un droit. Si un titre vicieux peut conduire à l'acquisition de la propriété, ce n'est pas par sa propre force, mais c'est par l'*usucapion* ou la *prescription* à laquelle il sert de base. Or, la prescription est précisément inopérante en cette matière. (Pardessus, n° 276 ; Zachariæ, § 251, note 4; Demolombe, n° 788; Gand, 26 novembre 1870, P., 1871, 198.) L'opinion contraire est défendue par Toullier, II, n° 629.

1182. Le code n'admet pas même que les servitudes discontinues ou non apparentes puissent s'établir par la *possession immémoriale* (art. 691, alin. 2).

Cependant, on ne peut attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession immémoriale *avant la promulgation* de ce titre du code, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière (art. 691, alin. 2).

Cette dernière disposition est une conséquence de la non-rétroactivité de la loi. Le titre *des Servitudes* a été promulgué le 20 pluviôse an XII, ou 10 février 1804.

Il faut admettre que celui qui prétend avoir acquis une servitude par la possession immémoriale avant la promulgation de ce titre puisse aujourd'hui demander un *acte récognitif* de l'existence de cette servitude.

1183. Les règles sur l'impossibilité de l'acquisition par la possession de trente ans s'appliquent également au sentier ou passage réclamé comme une *servitude* par les habitants d'une commune sur l'héritage d'un particulier. Car la servitude de passage est tout au moins *discontinue,* quelquefois même discontinue et *non apparente.* (Gand, 8 mai 1846, B. J., t. 10, 1225; P., 1846, p. 175.)

Toutefois, la jurisprudence a souvent décidé que les règles sur l'établissement des servitudes par prescription ne doivent pas être appliquées :

1° Aux chemins publics exercés pendant de longues années par les habitants d'une commune, en jugeant qu'un semblable chemin ne doit pas être assimilé à une servitude discontinue ou de passage, non susceptible de s'acquérir par la prescription, alors surtout

qu'il existe des ouvrages permanents faits et entretenus par la commune et à ses frais, et utiles à ses communications. (Bruxelles, 19 décembre 1853; cass. belge, 28 juillet 1854; Bruxelles, 18 décembre 1854 et 21 décembre 1857, B. J., t. 12, 227, 1495; t. 14, 1153; t. 16, 146; P., 1854, 304; cass., 1854, 421; appel, 1856, 17; 1858, 205; jugements du tribunal civil de Bruxelles des 12 février 1859 et 7 janvier 1860, B. J., t. 18, 700-772.) Ces décisions sont fondées sur ce que le droit de la commune sur le terrain servant au passage est un droit d'usage ou un véritable droit de propriété, acquis par la possession de trente ans, en vertu de l'article 2262 ;

2° Aux chemins dits d'*exploitation* ou de *desserte*, c'est-à-dire aux chemins d'exploitation de plusieurs terrains, dont les riverains ont usé à titre de *copropriétaires*, et que l'existence pendant plus de trente ans de pareilles voies de communication fait présumer un titre. (Cass. belge, 16 février 1841 ; Liége, 19 novembre 1842, P., 1841, 127 ; 1843, 79 ; Bruxelles, 16 juin 1852, B. J., t. 12, 360 ; P., 1854, 16 ; jugement du tribunal civil de Verviers du 21 mai 1862, B. J., t. 21, 190 ; cass. fr, 21 août 1871, D., 1871, 1, 254.)

IV. DE LA DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE.

1184. La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes *continues et apparentes* (art. 692).

Ce mode d'établissement des servitudes, tout à fait étranger au droit romain, a été puisé dans le droit coutumier. « Destination de père de famille vaut titre », dit Loysel, n° 294. Mais les législations coutumières offraient, à cet égard, une grande diversité. Suivant les unes, la destination du père de famille, pour valoir titre, devait être justifiée par écrit ; d'autres n'exigeaient pas de preuve par écrit ; d'autres restreignaient ce mode d'établissement à *quelques* servitudes continues et apparentes ; d'autres l'admettaient pour *toutes* les servitudes de cette espèce.

Dans les pays de droit écrit, la destination du père de famille n'était pas reçue comme mode d'établissement des servitudes. (Demolombe, n°s 807, 808.)

1185. Il y a destination du père de famille lorsque quelqu'un

établit entre deux héritages *qui lui appartiennent*, ou entre deux parties d'un même héritage, un rapport qui constituerait une servitude si ces deux héritages appartenaient à des propriétaires différents (art. 693). Si ces deux fonds, ou les parties d'un fonds viennent à appartenir à des propriétaires différents, ce rapport continue à subsister comme une *servitude*, peu importe par quelles causes ces fonds ont cessé d'appartenir au même propriétaire (art. 693). Il faut donc que ce rapport soit effectivement établi sur un fonds *au profit d'un autre fonds*, pour qu'il y ait une servitude. Ainsi, il n'y aurait pas de servitude si les choses avaient été mises en cet état seulement d'une manière passagère pour l'agrément ou la convenance personnelle du propriétaire. (Gand, 25 juin 1864, P., 1864, 359; cass. belge, 30 décembre 1865, P., 1866, 154.)

La preuve que les deux fonds ont appartenu *au même propriétaire*, ainsi que la preuve que c'est lui qui a mis les choses dans un rapport de servitude, peut être faite par *témoins*. Car il s'agit moins de prouver que celui qui avait réuni les deux héritages dans sa main en était réellement propriétaire que de prouver le fait même de la réunion de ces deux héritages dans une même main.

SECTION III.

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE (art. 696-701).

1186. 1° La propriété étant libre en principe, et la servitude étant une restriction du droit de propriété, on présume *contre* l'existence de la servitude.

L'usage et l'étendue des servitudes établies par titre se règlent par le titre qui les a constituées (art. 686, alin. 2). Lorsqu'il y a doute sur les limites des restrictions qu'une servitude apporte au droit de propriété, il faut l'interpréter en faveur de la liberté du fonds servant, à moins que le titre de la servitude ne prouve qu'elle doit être interprétée dans un sens extensif. (Bruxelles, 4 décembre 1862, P., 1863, 118; Gand, 31 décembre 1868, P., 1869, 107.)

1187. 2° Quand on établit une servitude, on est censé ac-

corder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage (art. 696); c'est pourquoi celui au fonds duquel une servitude est due a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver (art. 697). (Liége, 19 janvier 1860, P., 1861, 74.)

Mais comme la servitude ne peut pas consister dans une prestation positive (*servitus in faciendo consistere non potest*, *supra*, nº 1162, 5º), ces ouvrages sont aux frais du propriétaire du fonds dominant, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire; et dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due (articles 698, 699).

1188. L'obligation du propriétaire du fonds servant d'entretenir à ses frais les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude ne peut résulter que d'un titre spécial ; elle n'existe plus en vertu de la loi pour aucune espèce de servitude, tandis qu'en droit romain le propriétaire d'un bâtiment grevé de la servitude de laisser reposer sur ce bâtiment les constructions de son voisin (*serv. oneris ferendi*) était tenu par la loi d'entretenir en bon état l'héritage servant. Cette charge était une *obligatio in rem scripta*, c'est-à-dire qu'elle incombait à tout possesseur du fonds servant *comme tel*, et ne durait qu'autant que sa possession; il pouvait même s'en affranchir en l'abandonnant. (Fr. 6, § 2, D., *si servitus vindicetur*, 8, 5, où il est dit : *Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem relinquere scribit.*)

Les jurisconsultes se demandent aujourd'hui si l'obligation dont traite l'article 699 est une *obligatio in rem scripta*, qui incombe à tout possesseur du fonds *comme tel*, ou bien une obligation *personnelle*, qui passe aux sucesseurs ou héritiers de celui qui l'a contractée?

Il est évident que le législateur a en vue, comme dans la servitude *oneris ferendi*, une charge réelle incombant au possesseur

du fonds servant comme tel. Car, comment serait-il possible de s'affranchir de cette charge en abandonnant le fonds, si par exemple la charge incombait aux héritiers de l'ancien propriétaire, tandis que le fonds aurait passé en d'autres mains? (Demolombe, n° 880.)

1189. Pour s'affranchir de cette obligation, faut-il abandonner le fonds *entier*, ou seulement *la partie* du fonds sur laquelle les ouvrages doivent être établis?

Si l'on analyse les différents exemples qui peuvent se présenter, on demeure convaincu que l'on ne peut résoudre cette question d'une manière absolue ni dans l'un sens ni dans l'autre.

Mais, en règle générale, il faut dire, si le contraire ne résulte pas du titre ou des circonstances, que la servitude grève tout le fonds, *tota in toto*, et que ce n'est que par l'abandon de la totalité du fonds que le propriétaire peut s'affranchir de la charge dont il s'agit dans l'art. 699. (Demolombe, t. XII, 882.)

1190. 3° Les servitudes ne peuvent pas être séparées du fonds auquel elles sont attachées; donc elles ne peuvent pas être vendues, cédées ou hypothéquées séparément de ce fonds.

1191. 4° Les servitudes sont *indivisibles*. De là il résulte que si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit (art. 700).

Le principe de l'indivisibilité des servitudes, fondé sur la nature même du droit réel, était, en droit romain, maintenu avec beaucoup de rigueur et produisait de nombreuses conséquences. (Voy. Maynz, 4e édition, § 124 6° et les notes 15-18.) Le principe de l'indivisibilité est moins rigoureusement observé en droit français, comme nous le verrons *infrà*, dans la section suivante.

1192. 5° Celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son *titre*, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds auquel elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier. (Brux., 11 janvier 1877; P., 1878, 77.) Il doit en user de la manière la moins onéreuse

pour le fonds grevé, *civiliter uti*, comme disent les Romains (art. 702). (Fr., 9, D., *De servitutibus*, 8, 1.)

1193. 6° Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. Mais cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser (art. 701). (Liége, 10 juillet 1871; P., 1871, 433.)

Le propriétaire du fonds servant peut demander un règlement pour l'exercice de la servitude lorsque le mode, tel qu'il est pratiqué, lui ôte les moyens d'utiliser son héritage et qu'il est possible d'y substituer un mode moins nuisible à ses intérêts, sans priver le propriétaire du fonds dominant des avantages qu'il peut tirer de son droit.

Il faut laisser aux tribunaux un certain pouvoir discrétionnaire de concilier le plus grand avantage du fonds dominant avec le moindre préjudice du fonds servant.

1194. 7° Le propriétaire du fonds dominant peut poursuivre son droit de servitude au *pétitoire* par une action *réelle*, appelée *confessoire* (*actio confessoria*).

1195. 8° Quant aux actions *possessoires*, cette matière donnait déjà lieu à des difficultés en droit romain. (Voy. Maynz, § 138.)

Au moyen âge, la jurisprudence appliquait généralement les interdits possessoires à *toutes* les servitudes quelconques; le simple *exercice* du droit était considéré comme la *possession* de la servitude. C'était du moins la jurisprudence dans les pays où la distinction entre les servitudes continues et apparentes et les servitudes discontinues et non apparentes, n'avait aucune influence sur la possibilité d'acquérir les servitudes par prescription. Dans les pays où cette distinction était établie, il y avait controverse.

Voici la doctrine et la jurisprudence que l'on peut aujourd'hui considérer comme fixées sur cette matière :

A. L'action possessoire a lieu pour les servitudes qui peuvent *s'acquérir* par possession, c'est-à-dire pour les servitudes *continues et apparentes*.

B. Elle n'est admise ni pour les servitudes continues *non apparentes*, ni pour les servitudes *discontinues*, lorsque l'action est fondée sur le seul fait de la *possession*, sans qu'il y ait un titre. (Cass. fr., 2 mai 1876; D., 1878, 1, 63.)

C. Mais elle est admissible contre le trouble apporté à l'exercice d'une servitude qui ne peut pas s'acquérir par prescription lorsque sa possession est établie par un *titre*. (Merlin, *Rép.*, v° *Servitude*, § 35, II; *Questions de droit*, même mot, § 6; Pardessus, n° 325, note 4; Demolombe, n°s 940-948; Cass., B., 1er déc. 1864; P. 1865, 7.)

SECTION IV.

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT (art. 703-710.)

1196. 1° Les servitudes *cessent* lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user, c'est-à-dire lorsque, par suite d'un changement des lieux, leur exercice devient *physiquement impossible;* par exemple, le puits dans lequel j'ai le droit de puiser est tari; le fonds sur lequel j'ai le droit de passer est inondé; la maison qui avait une servitude de vue est démolie (art. 703). Les servitudes *cessent*, mais elles ne *s'éteignent pas* dans ce cas ; elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user (art. 704). C'est pour cette raison que lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois qu'elles puissent être aggravées, et pourvu que la reconstruction se fasse avant que la prescription soit acquise (art. 665.) Souvent c'est une question de fait que de savoir si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse user de la servitude.

Il importe peu que le changement ait eu lieu par suite d'un événement de la nature ou par le fait d'un tiers qui avait le droit de le faire, par exemple, si, par des fouilles, il a fait tarir une source sur laquelle j'avais un droit de puisage.

1197. Mais les servitudes ne revivent qu'autant que le rétablissement des lieux s'est opéré *avant que la prescription soit acquise*, comme le dit l'article 665, ou, comme dit l'article 704 : « *Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article* 707. »

Cette disposition a fait naître plusieurs controverses. Et d'abord celle de savoir si le temps avant l'expiration duquel les lieux doivent être rétablis pour que la servitude revive est un délai préfix et invariable de trente ans, ou bien un délai de prescription soumis aux règles sur cette matière.

S'il est vrai que, dans la pensée des auteurs du projet primitif, ce délai devait être préfix et réduit à dix ans (voir le projet de la commission du 24 thermidor an VIII, livre II, titre IV, article 55), les travaux préparatoires et le texte de l'article 665, et surtout de l'article 704, qui renvoie à l'article 707, prouvent que, d'après le code, c'est un délai de *prescription*. Les servitudes revivent si elles ne sont pas prescrites par le non-usage de trente ans. (Demolombe, n°s 977-980.) Pour qu'elles ne puissent plus revivre, il faut donc que les *conditions* de l'extinction par le non-usage soient accomplies. Elles seront examinées *infrà*, n°s 1201-1204.

1198. 2° Les servitudes s'éteignent par la *confusion*, c'est-à-dire lorsque le fonds dominant et le fonds servant sont réunis dans la même main; car *res sua nemini servit* (*suprà* n° 1156, 2° et art. 705).

L'extinction des servitudes est censée non avenue dans tous les cas où la confusion vient à cesser par suite de l'accomplissement d'une clause résolutoire (*ex tunc*).

1199. Mais si les deux fonds ainsi réunis dans la même main sont plus tard séparés par une cause *nouvelle*, par exemple, par suite d'une aliénation, les servitudes peuvent-elles revivre? Il faut distinguer :

A. Il n'y a *aucun signe apparent* de la servitude. Elle demeure éteinte pour toujours et ne peut plus revenir à existence que par suite d'une constitution nouvelle.

B. *La servitude est apparente;* elle revit tant activement que passivement, et indépendamment de toute convention. C'est là le

véritable sens de l'article 694, ainsi conçu : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe *un signe apparent de servitude* dispose de l'un des héritages, sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. »

1200. Cet article a donné lieu à beaucoup de controverses, parce que les auteurs l'ont appliqué à la *destination du père de famille.*

D'après les articles 692 et 693, la destination du père de famille ne vaut titre qu'à l'égard des servitudes *continues et apparentes.* L'article 694 maintient, en cas de séparation de deux fonds réunis dans la même main, toutes les servitudes dont il existe un *signe apparent, sans exiger qu'elles soient continues.*

On s'est demandé s'il n'y a pas contradiction entre ces articles; et, en effet, il est difficile de l'écarter si l'on applique l'article 694 aux servitudes établies par la destination du père de famille. Aussi, les essais d'interprétation et de conciliation qui ont été faits en partant de cette idée n'ont-ils pas été heureux. (Voy. les diverses interprétations dans Dalloz, *Code civil annoté,* sous l'article 694.)

Nous allons puiser directement à la source pour établir le vrai sens de l'article 694.

En droit romain, la confusion opère toujours extinction des servitudes existantes entre deux fonds. Si plus tard les fonds sont séparés d'une manière quelconque, soit par un acte de dernière volonté, soit par acte entre-vifs, la servitude qui a existé entre ces fonds avant leur réunion ne revit qu'autant que le testateur l'a expressément ordonné (*nominatim imposita*), ou que l'une des parties contractantes se l'est formellement réservée (*nominatim excipi oportet*). (Fr., 1, D., *De servit. legata,* 33, 3; fr. 7, pr. et fr. 10, D., *Communia prædiorum,* 8, 4.)

Or, l'article 694 s'applique précisément à ce cas, et non à la destination du père de famille; il ne s'applique pas à l'hypothèse où le rapport des servitudes entre deux fonds a été établi *par le propriétaire des deux fonds quand ils étaient réunis dans sa main,* mais au cas où la servitude *existait déjà avant la réunion de ces deux fonds dans la même main.* C'est ce qui résulte clairement du

rapport fait au Tribunat par Albisson, nos 16 et 18. (Locré, VIII, 395 et 397.) L'article 694 crée, pour ce cas, un *droit nouveau* et déroge au droit romain. Après avoir parlé de l'effet de la confusion et de l'ancien droit, Albisson dit : « Mais on ne prévoyait pas le cas où, *la chose parlant d'elle-même*, la réservation ne devenait plus nécessaire, et c'est ce cas que le projet prévoit très-sagement. » (Lyon, 11 juin 1831; Zachariæ, § 255, note 5; Marcadé, art. 694; Brux., 20 déc. 1862, P., 1863, 46.)

1201. 3° Toutes les servitudes établies par le fait de l'homme s'éteignent par le *non-usage* pendant trente ans (art. 706, 617).

Le délai de trente ans court, savoir :

A. Pour les servitudes *discontinues*, apparentes ou non apparentes, à partir du dernier acte d'exercice et continue de courir par la seule absence d'aucun acte d'exercice.

B. Pour les servitudes *continues*, du jour où il a été fait un *acte contraire à la servitude* (art. 707). (Liége, 1er fév. 1862, P., 1863, 242.)

L'*acte contraire* consiste, ou dans une infraction formelle et publique à la nécessité que la servitude impose au propriétaire du fonds servant (*contradiction*), ou dans un ouvrage qui porte un obstacle à l'exercice de la servitude; peu importe que cet ouvrage ait été fait par le propriétaire du fonds dominant, ou par le propriétaire du fonds servant, ou par un tiers sans droit, et sans opposition de la part du propriétaire du fonds dominant. Il faut une interruption de l'*état de possession*, une *usucapio libertatis*.

L'extinction par non-usage est une véritable *prescription* et non une *renonciation* tacite. Il n'importe donc que ce soit par ignorance de son droit ou volontairement que celui qui avait une servitude en a omis l'exercice.

Le non-usage est interrompu par tout acte d'exercice de la servitude posé soit par le propriétaire ou par un autre, pourvu que cet acte ait été fait comme l'exercice d'un *droit*.

1202. D'après le droit romain, la servitude se perdait par non-usage, alors même qu'il provenait d'une force majeure ou d'un obstacle que le propriétaire du fonds dominant n'avait pas en son pouvoir de faire cesser, par exemple si une source dans laquelle il avait un droit de puisage était tarie; si le fonds grevé

d'une servitude de passage était inondé. Mais, dans ces cas, la servitude devait être *reconstituée* par le propriétaire du fonds servant, lorsque les choses étaient remises en état de rendre l'exercice de la servitude possible. (Fr. 14, pr., D., *Quemadmodum servitutes amittantur*, 8, 6.)

En droit français, faut-il suivre les mêmes règles? Il faut distinguer :

A. Si le propriétaire du fonds *dominant* a lui-même mis les choses dans un état qui rende l'exercice de la servitude impossible, par exemple, s'il a démoli l'édifice auquel la servitude était due, la prescription continue son cours, et la servitude s'éteint par le non-usage pendant trente ans. (Toullier, III, n° 696.)

B. Si ce n'est pas le propriétaire de l'héritage dominant qui a mis les choses en cet état, nous croyons que la servitude ne s'éteint pas et que la prescription en est suspendue. Elle n'a donc pas besoin d'être *reconstituée*, puisqu'elle n'a pas été éteinte. Cette solution est une conséquence de la règle : *Contra agere non valentem non currit præscriptio*. Car ce n'est pas seulement un obstacle *physique* qui empêche l'exercice de la servitude, mais il y a en même temps un *obstacle juridique* à ce que le propriétaire du fonds dominant puisse *agir* pour conserver son droit, puisque personne n'a *violé* son droit; l'action ne peut pas se prescrire parce qu'elle n'est pas encore *née*. (Toullier, III, n°s 690-695; Zachariæ, § 255, note 3; Marcadé, art. 707, n° 2.)

Demolombe (XII, n°s 977-979) est d'un avis contraire; mais au fond son opinion conduit au même résultat, parce qu'il admet, dans ce cas, l'interruption de la prescription par une demande en déclaration de servitude.

1203. L'article 704 n'est pas contraire à l'opinion que nous défendons. Car, pour que les servitudes ne revivent pas après le non-usage pendant trente ans, il faut qu'elles soient *éteintes* par ce non-usage même, c'est-à-dire par la prescription. Il faut donc que la prescription ait pu courir, c'est-à-dire que les conditions requises pour la prescription existent. Quelles sont ces conditions? Nous venons de les énoncer. L'article 665 confirme cette opinion. Il exige, pour que la servitude continue, non pas que la reconstruction ait lieu *avant trente ans*, mais avant que la *pres-*

cription ne soit acquise; il réserve donc le cas où cette prescription ne pourrait pas s'acquérir.

1204. La prescription est suspendue ou interrompue d'après les règles générales sur la suspension et l'interruption de la prescription.

Ainsi la prescription ne court pas contre les mineurs. Il suit du principe de l'indivisibilité des servitudes que, si parmi les copropriétaires du fonds dominant il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, par exemple un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres (art. 710); et par la même raison d'indivisibilité des servitudes, si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous (art. 709).

1205. Du *mode de la servitude*. « Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même », dit l'article 708.

Cet article étant placé dans la section qui traite de l'*extinction des servitudes*, il a pour but de dire que si une servitude a été exercée d'une manière *incomplète* ou *restreinte* pendant trente ans, et sous les conditions requises pour prescrire, elle est réduite aux limites dans lesquelles elle a été exercée; par exemple, j'ai le droit de puiser de l'eau nuit et jour; pendant trente ans je ne puise que le jour. J'ai perdu le droit de puiser la nuit.

Cette disposition est étrangère au droit romain et contraire au principe de l'indivisibilité des servitudes : une servitude ne peut pas se perdre en partie. (Fr., 2, D., *Quemadmodum servitutes amittantur*, 8, 6.) Domat (*Lois civiles*, livre I[er], titre XII, section 6, § 5) enseigne la thèse contraire; et c'est sa doctrine sans doute qui est la source de l'article 708.

1206. Les servitudes peuvent aussi *s'étendre* par la possession continue pendant trente ans, pourvu que ce soient des servitudes qui peuvent *s'acquérir* par usucapion, c'est-à-dire les servitudes *continues et apparentes* (*suprà*, n° 1179); l'*extinction* partielle s'applique à *toutes* les servitudes indistinctement.

1207. Lorsqu'on n'a pas exercé la servitude pendant trente ans de la manière déterminée par l'acte de constitution (pourvu qu'elle soit déterminée d'une manière précise), et que l'on a exercé la servitude d'une toute autre manière, il faut distinguer :

A. La servitude est *continue et apparente*. L'ancienne est éteinte, la nouvelle est acquise. Par exemple, je place les vues autrement que ne le permet le titre constitutif de la servitude.

B. Elle est *discontinue* ou *non apparente;* par exemple, j'ai le droit de passer sur le chemin A, je passe sur le chemin B; j'ai le droit de puiser la nuit et je puise le *jour*. Les opinions sont divisées.

Suivant les uns, le bénéfice de la première détermination de la servitude est prescrit pour le fonds dominant, mais le *droit* de servitude subsiste. (Zachariæ, § 255, note 9; Liége, 27 mars 1878, P., 1878, 205.)

Suivant d'autres, la première servitude est éteinte et la seconde n'est pas acquise. (Pardessus, n° 304; Duranton, n° 607; Marcadé, art. 708.)

La dernière opinion est conforme à la loi. Car la première conduit à la conséquence que les servitudes discontinues ou non apparentes peuvent s'acquérir par prescription.

1208. Lorsque la servitude *principale* est prescrite, par exemple, le droit de puisage, ce qui en était l'accessoire, le droit de passage, est aussi prescrit (arg., art. 696).

1209. 4° Les servitudes s'éteignent par l'*usucapion de la liberté du fonds de la part d'un tiers*, par suite d'une possession de dix ou vingt ans avec juste titre et bonne foi (art. 2265).

Celui qui possède un fonds à titre de *propriétaire* possède le droit d'en disposer d'une manière illimitée et exclusive, et il l'acquiert par dix ou vingt ans dans toute l'étendue de sa possession, s'il l'a acquise *a non domino* en vertu d'un juste titre et de bonne foi. De même que le *principal* droit réel qu'un autre avait sur ce fonds, c'est-à-dire la propriété, s'évanouit, de même les autres droits réels doivent disparaître aussi et céder à la pleine propriété acquise par le tiers (*tantum præscriptum quantum possessum*). Le démembrement de propriété est acquis nécessairement et par voie de conséquence avec la totalité. La prescription extinctive de la servitude est absorbée par la prescription acquisitive de la propriété.

Cette opinion est conforme au droit romain et à l'ancienne jurisprudence française, et rien n'indique que le code ait voulu y déroger. (Maynz, § 145; Pothier, *Prescription*, n°s 128, 136,

139; Duranton, n° 601; Zachariæ, § 255; Troplong, *Prescription*, n° 853; Marcadé, art. 707, n° 3.)

Ajoutons que cette usucapion ne peut avoir lieu que sous les conditions requises pour toute usucapion ordinaire. Ainsi il faut nécessairement : 1° que le titre d'acquisition porte que le fonds est libre de toute servitude, autrement l'acquéreur manquerait d'un *juste titre;* 2° qu'il n'existe pas de signe apparent de la servitude, autrement l'acquéreur manquerait de *bonne foi*, ou il n'aurait pas la *possession de la liberté* du fonds.

Toutefois, cette question est très-controversée. Beaucoup d'auteurs soutiennent, avec un grand nombre d'arrêts, que l'extinction des servitudes par non-usage ou par prescription est réglée uniquement par l'article 706 du code. Ils invoquent l'article 2264 qui renvoie, pour la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés au XX° titre du III° livre, aux titres qui leur sont propres. Mais cet argument n'est pas décisif, car il ne prouve pas que les règles particulières sur l'extinction des servitudes dérogent aux principes généraux sur l'usucapion. La seconde opinion est défendue par Toullier, n° 688; Pardessus, n° 306; Demolombe, n°s 1003 et 1004, conforme à la jurisprudence unanime.

1210. 5° Par la résolution du droit de celui qui avait constitué la servitude : *resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.*

Mais la servitude ne s'éteint pas si celui qui l'a acquise en faveur d'un fonds n'avait sur ce fonds qu'une propriété révocable, qu'il vient plus tard à perdre. Car il peut faire sur ce fonds des améliorations, et celui qui a consenti la servitude ne peut pas lui opposer son défaut de qualité. (Toullier, n° 681; Pardessus, n° 318; Demolombe, n° 1051. Voy., en sens contraire, Duranton, n°s 554, 579.)

1211. 6° Par l'*expiration du terme* ou par l'arrivée de la *condition* sous lesquels la servitude avait été établie. (Voy. *suprà*, n° 1163, 2°.)

1212. 7° Par la *renonciation* de la part du propriétaire du fonds dominant. Elle peut être expresse ou tacite. Elle est tacite lorsque le propriétaire du fonds dominant permet de faire des ouvrages incompatibles avec la servitude. (Bruxelles, 17 avril

1867, P., 1868, 171.) La renonciation est de stricte interprétation.

L'un des copropriétaires du fonds ne peut pas renoncer pour sa part, à cause de l'indivisibilité des servitudes. Mais si le fonds était plus tard divisé, on pourrait lui opposer sa renonciation.

La renonciation, pour avoir de l'effet à l'égard des tiers, doit être transcrite au bureau du conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés (loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, art. 1, alin. 2).

1213. 8° Par l'*expropriation pour cause d'utilité publique* du fonds servant, si la servitude dont il est grevé est incompatible avec la nouvelle destination qu'il reçoit, mais sauf indemnité au propriétaire du fonds dominant (art. 545).

APPENDICE.

DES DROITS DE SUPERFICIE ET D'EMPHYTÉOSE, RÉTABLIS EN BELGIQUE PAR LES LOIS DU 10 JANVIER 1824.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

1214. L'emphytéose et la superficie, comme droits réels séparés, ou démembrements du droit du propriété, n'étaient plus reçues sous le code; mais elles pouvaient être établies par convention comme droits personnels analogues au contrat de louage. L'emphytéose et la superficie étaient de véritables baux à longue durée, quoique d'un usage peu fréquent.

Sous le royaume des Pays-Bas, le gouvernement avait proposé aux États généraux un nouveau projet de code civil, et comme les contrats de superficie et d'emphytéose n'étaient pas absolument abandonnés dans toutes les parties du royaume des Pays-Bas, plusieurs provinces réclamaient des dispositions législatives à cet égard.

D'après le projet du code, ces deux matières devaient former le sixième et le septième titre du second livre, parce que ce livre traite des droits réels et que le législateur avait l'intention de rendre à la superficie et à l'emphytéose leur ancien caractère de *droits réels* ou de démembrements du droit de propriété.

Presque toutes les règles établies sur ces matières avaient été consacrées par l'ancien droit ou par les usages.

Les deux titres sanctionnés le 10 janvier 1824 furent rendus exécutoires, comme lois séparées, avant la publication du nouveau code, par la loi du 25 décembre 1824. Ces deux lois sont devenues obligatoires à partir du 1er janvier 1825.

1215. — Les droits de superficie et d'emphytéose établis avant le code civil restent réglés par les anciennes lois sur cette matière, sauf en ce qui concerne la perpétuité des redevances, lesquelles ont été déclarées rachetables (voy. *suprà*, n° 898).

Les lois postérieures n'ont pas eu pour effet de restreindre la durée d'une emphytéose temporaire créée antérieurement pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans. (Bruxelles, 15 novembre 1861, B. J., t. 20, 186; P., 1861, 408.)

I. DU DROIT DE SUPERFICIE.

A. *Notion de la superficie et de la manière dont elle s'établit.*

1216. La superficie ou le dessus du sol appartient au propriétaire du sol (art. 552, et *suprà*, n° 946).

Mais l'usage de cette superficie peut être démembré de la propriété et être constitué comme un droit propre.

Le droit de superficie alors est un droit réel immobilier qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui (art. 1er).

1217. La superficie peut être constituée par titre, ou s'établir par prescription comme l'usufruit (arg. n° 971). Le titre constitutif de ce droit, pour avoir effet à l'égard des tiers, doit être transcrit au bureau du conservateur des hypothèques dans l'arrondissement duquel l'immeuble est situé (loi hypothécaire du 16 décembre 1851, art. 1er). La transcription ordonnée par l'article 3 de la loi du 10 janvier avait un tout autre but; c'était une simple mesure fiscale.

D'après un jugement du tribunal de Turnhout du 14 mai 1857, le droit de superficie ne peut être établi que par titre. (Voy. Bruxelles, 13 août 1861, B. J., t. 19, 1416; P., 1864, 30.)

Le droit de superficie ne peut être établi pour un terme excédant *cinquante* années, sauf la faculté de le renouveler (art. 4). S'il a été constitué pour plus longtemps, il est réductible à ce terme.

B. *Des effets du droit de superficie.*

1218. Les droits du superficiaire et ceux du propriétaire du sol sont réglés par les conventions des parties (art. 8, et arg.

art. 686, alinéa 2, du code). A défaut de convention, la loi les établit comme suit :

1219. 1° Droits du superficiaire.

A. Il peut aliéner et hypothéquer son droit de superficie. Il peut grever de servitudes les biens qui en font l'objet, mais pour la durée de sa jouissance seulement (art. 2 et loi hypothécaire, art. 45, 2°).

B. Pendant la durée de son droit, il peut bâtir sur le fonds soumis au droit de superficie ; il peut aussi démolir les bâtiments et autres ouvrages, et arracher les plantations et les enlever, pourvu qu'il en ait payé la valeur lors de son acquisition, ou que les bâtiments, ouvrages et plantations aient été construits ou faits par lui, et pourvu que le fonds soit remis dans l'état où il se trouvait avant la construction ou la plantation (art. 5).

Les constructions qu'il a élevées pendant la durée de son droit lui appartiennent, et les créanciers hypothécaires ne peuvent les exproprier comme accessoires du fonds, si le titre qui a établi le droit de superficie a été transcrit avant la constitution des hypothèques. (Jugement du tribunal civil d'Anvers du 7 mai 1853; B. J., t. 12, 919.)

1220. 2° Droits du propriétaire du fonds.

A l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds, à charge par lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au propriétaire du droit de superficie, qui, jusqu'au remboursement, aura le droit de rétention (art. 6).

Si le droit de superficie a été établi sur un fonds sur lequel se trouvaient déjà des bâtiments, ouvrages ou plantations dont la valeur n'a pas été payée par l'acquéreur, le propriétaire du fonds reprend le tout à l'expiration du droit, sans être tenu à aucune indemnité pour ces bâtiments, ouvrages ou plantations (art. 7).

C. *De l'extinction du droit de superficie.*

1221. « Le droit de superficie s'éteint, entre autres », dit l'article 9 : « 1° par la confusion ; 2° par la destruction du fonds ; 3° par la prescription de trente ans. »

Les termes mêmes de l'article prouvent qu'il n'est qu'*énonciatif*.

Le droit de superficie peut s'éteindre encore, de même que l'usufruit, par l'usucapion de la liberté du fonds de la part d'un tiers, par la résolution du droit de celui qui l'a accordé, par l'arrivée du terme ou de la condition résolutoire, par la renonciation et par l'expropriation pour cause d'utilité publique. (Voy. *suprà*, nos 1209-1213.)

II. DU DROIT D'EMPHYTÉOSE.

A. *Notion de l'emphytéose et de la manière dont elle s'établit.*

1222. L'emphytéose est un *droit réel*, qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle (*canon, pensio, reditus*), soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété. Suivant quelques anciennes coutumes, notamment celle du Hainaut, le bail emphytéotique ne conférait au preneur qu'un droit *personnel* et était de nature mobilière. La loi de 1824 n'a pu changer ce caractère des baux antérieurs. (Mons, tribunal civil, 15 mars 1876, P. 1877, 3, 16.)

Le titre constitutif de ce droit devra être transcrit dans les registres publics à ce destinés. Ce que nous avons dit de la transcription de la superficie, *suprà*, n° 1217, s'applique aussi à l'emphytéose.

1223. Elle peut être établie de la même manière que la superficie, donc aussi par prescription. (Voy. n° 1217 et Bruxelles, 22 juillet 1865, P. 1865, 324.) Elle ne peut être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ni au-dessous de vingt-sept ans (art. 2). Si elle avait pu être constituée pour une durée plus courte, il n'y aurait pas eu assez de différence entre ce contrat et le bail ordinaire.

Si elle a été constituée pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, elle est réductible à ce terme. Elle ne doit pas être considérée comme perpétuelle, mais seulement comme temporaire lorsqu'elle a été concédée pour quatre-vingt-dix-neuf ans, avec réconduction facultative pour le même terme après l'expiration du premier. (Bruxelles, 15 novembre 1861, B. J., t. 20, 186.)

B. *Des effets de l'emphytéose.*

1224. Ils sont réglés par les conventions des parties, subsidiairement par la loi (art. 17, et *suprà*, n° 1218).

1225. 1. Des droits de l'emphytéote.

A. Il a la faculté d'aliéner son droit, de l'hypothéquer et de grever le fonds emphytéotique de servitudes pour la durée de sa jouissance (art. 6, et *suprà*, n° 1219).

A la différence du droit romain, il n'est dû aucune redevance extraordinaire à chaque mutation de l'emphytéose, ni lors du partage d'une communauté (art. 12). Le législateur a voulu virtuellement abolir l'ancien droit sur ce point.

B. L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds; ainsi, par exemple, il peut intenter l'action négatoire. (Bruxelles, 13 juillet 1874, P. 1874, 400). Mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur.

Ainsi, il lui est défendu, entre autres, d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile et autres matières semblables faisant partie du fonds, à moins que l'exploitation n'en ait déjà été commencée à l'époque de l'ouverture de son droit (art. 3).

C. Il profitera des arbres morts ou abattus par accident pendant la durée de son droit, à la charge de les remplacer par d'autres, et il pourra également disposer à sa volonté de toutes les plantations qu'il aura faites lui-même (art. 4). C'est le propriétaire du fonds qui a le droit de faire les coupes ordinaires de bois.

D. Il peut améliorer l'héritage par des constructions, des défrichements et des plantations (art. 5, alin. 3).

E. Il peut, à l'expiration de son droit, enlever les constructions et plantations par lui faites et auxquelles il n'était pas tenu par la convention; mais il doit réparer le dommage que cet enlèvement a causé au fonds.

Néanmoins le propriétaire du fonds aura droit de rétention sur ces objets, jusqu'à l'acquittement de ce qui lui est dû par l'emphytéote (art. 7).

L'emphytéote ne pourra forcer le propriétaire du fonds à payer la valeur des bâtiments, ouvrages, constructions et plantations quelconques qu'il aurait fait élever, et qui se trouvent sur le terrain à l'expiration de l'emphytéose (art. 8).

1226. 2. Des droits du propriétaire et des obligations de l'emphytéote.

A. L'emphytéote est obligé d'entretenir l'immeuble donné en emphytéose, et d'y faire les réparations ordinaires. Le propriétaire n'est tenu à aucune réparation (art. 5, alin. 1, 2).

B. Il doit supporter toutes les impositions établies sur le fonds, soit ordinaires, soit extraordinaires, soit annuelles, soit à payer en une fois (art. 9).

C. Il doit payer la redevance emphytéotique (art. 1, et *suprà*, n° 1222). L'obligation d'acquitter cette redevance est indivisible : chaque partie du fonds donné en emphytéose demeure grevée de la totalité de la redevance.

L'emphytéote pourra être contraint au payement par exécution parée (art. 10).

D. L'emphytéote n'a droit à aucune remise de la redevance, soit pour diminution, soit pour privation entière de jouissance par cas fortuit.

Néanmoins, si la privation totale de la jouissance a duré pendant cinq années consécutives, remise sera due pour le temps de la privation.

E. A l'expiration de l'emphytéose, le propriétaire a contre l'emphytéote une action personnelle en dommages-intérêts pour les dégradations occasionnées par la négligence et le défaut d'entretien du fonds, ainsi que pour la perte des droits que l'emphytéote a laissé prescrire par sa faute (art. 13).

C. *De l'extinction du droit d'emphytéose.*

1227. L'emphytéose s'éteint de la même manière que le droit de superficie (art. 18, et *suprà*, n° 1221).

L'emphytéose éteinte par l'expiration du temps ne se renouvelle pas tacitement, mais elle peut continuer d'exister jusqu'à révocation (art. 14).

1228. De même que l'usufruitier, l'emphytéote peut être déclaré déchu de son droit pour cause de dégradations notables de l'immeuble et d'abus graves de jouissance, sans préjudice des dommages-intérêts (art. 15, et *suprà*, nos 1041, 1042). Il peut empêcher la déchéance pour cause de dégradations ou d'abus de

jouissance, en rétablissant les choses dans leur ancien état et en donnant des garanties pour l'avenir (art. 16).

D'après le droit romain, l'emphytéote pouvait encore être déclaré déchu de son droit, s'il ne payait pas sa redevance pendant trois ans. Cette cause de déchéance a été formellement rejetée par le législateur de 1824 comme injuste et trop dure, d'autant plus que l'emphytéote peut aujourd'hui être contraint au payement par exécution parée (art. 10, alin. 2; *suprà*, n° 1226, *C*).

Le président du tribunal de première instance n'est pas compétent pour connaître de la demande en expulsion d'un emphytéote. La loi du 5 octobre 1833, relative à l'expulsion des locataires, ne s'applique pas à l'emphytéote. (Gand, 23 janvier 1873, P. 1873, 91.)

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION. Des sources du droit civil.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE Ier. — De la jouissance et de la privation des droits civils.

CHAPITRE Ier. De la jouissance des droits civils.

CHAPITRE II. De la privation des droits civils.

Section Ire. *De la privation des droits civils par la perte de la qualité de Français.*

TITRE V. — DU MARIAGE.

TITRE VI. — Du divorce.

LIVRE DEUXIÈME.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ

TITRE IV. — DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

FIN DU TOME PREMIER.



